

Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen

DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades

Doctor iuris

(Dr. iur.)

im Fach Rechtswissenschaften

von

Hung-Ping Chung, LL.M.

Präsidentin der Humboldt-Universität zu Berlin:

Prof. Dr.-Ing. Dr. Sabine Kunst

Dekan der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin:

Prof. Dr. Martin Heger

Vorsitzender der Disputation: Herr Prof. Dr. Florian Jeßberger

Gutachter/innen: 1. Frau Prof.in Dr.in Tatjana Hörnle, M.A.

2. Herr Prof. Dr. Luís Greco, LL.M.

Tag der Einreichung: 06. Februar 2020

Tag der Disputation: 30. Juni 2020

Veröffentlichung: Juli 2020 auf dem Publikationsserver der HU Berlin

DOI: [10.18452/21591](https://doi.org/10.18452/21591)

Zusammenfassung

Fragen: Es gibt nach h.M. der deutschen Strafrechtswissenschaft drei Vorsatzformen: Absicht, sicheres Wissen und *dolus eventualis*. Soll unterschiedliche Vorsatzform, *ceteris paribus*, auch bei der Strafzumessung unterschiedlich bewertet werden? Warum?

Methode: Diese Fragen werden in einem interdisziplinären Dialog zwischen Norm und Empirie untersucht. Neben der strafrechtlichen und verfassungsrechtlichen Ausführung bezieht sich diese Arbeit großenteils auf die Erkenntnisse aus den Bereichen Kriminalpolitik, Kriminologie, Psychologie, Verhaltensökonomie und Neurowissenschaft. Zur Auswertung der Erkenntnisse wird großer Wert auch auf Forschungsmethode gelegt.

Ergebnisse: Zur ersten Frage: Die Schuldangemessenheit gebietet, unterschiedliche Vorsatzformen bei der Strafzumessung unterschiedlich zu bewerten, wenn sie quantitative oder qualitative beachtliche Unterschiede aufweisen. Zur zweiten Frage: Der in Kapitel 6 erarbeitete Maßstab, Vorsatzformen nach dem *Risiko für die Tatbestandsverwirklichung* abzustufen, erweist sich als am aussichtsvollsten, sich auf solide Grundlagen der Norm und Empirie zu stützen. Möglichkeiten für Vorsatzabstufung nach diesem Maßstab werden erörtert. Eine klare Antwort bedarf aber einer Anpassung der Vorsatzformen an empirisches Wissen, weil die Studien aus anderen Bereichen den Nuancen von rechtlichen Begriffen nicht genug Rechnung tragen. Ferner wäre eine Vorsatzabstufung nach dem Bedarf einer Straftäterbehandlung, wie in Kapitel 4 gezeigt, erfolgversprechend, sollte die Beziehung zwischen den Vorsatzformen und dem Rückfallrisiko festgestellt werden.

Ausblick: Der Verfasser plädiert für *eine normativ sowie empirisch fundierte Strafrechtsdogmatik*. Das heißt, Strafrechtler sollen empirische Beweise vorbringen, nötigenfalls durch eigene Studien, soweit ihre Argumente empirische Thesen enthalten. Zum Schluss verweist der Verfasser auf die Erforderlichkeit, das Potenzial und die Grenzen dieses Ansatzes und die Herausforderungen auf diesem Weg.

Schlagwörter: planvolle Zielanstrebung, Tatherrschaft, Spezialprävention, Generalprävention, Doppelverwertungsverbot, Regelfall, rechtsfeindliche Einstellung, Infragestellung oder Negation des Rechts, Erfolgszurechnung

ii Strafummessungsrelevanz der Vorsatzformen

Abstract

Question: According to the prevailing view of German legal doctrines, there are three severe types of *mens rea*, collectively referred to as "Vorsatz," *i.e.*, intent, knowledge, and *dolus eventualis*. This work examined two questions: Should criminal acts committed with different "Vorsatz" types, all other things being equal, be punished differently? Why?

Method: This work answered these questions in an interdisciplinary discourse between jurisprudence and empirical research, based chiefly on knowledge from criminal and constitutional law jurisprudence, penal policy, criminology, psychology, behavioral economics, and empirical research methods.

Conclusion: To the first question: The proportionality between the penalty and criminal act demands that criminal acts committed with different "Vorsatz" types shall be differently punished if they exhibit considerable qualitative or quantitative differences. To the second question: The state of research, as discussed in Chapter 6, indicated that *a gradation of "Vorsatz" types according to the risk they pose for crime completion* is the most promising guideline that could enjoy both normative and empirical justifications. Possibilities of "Vorsatz" gradation are suggested. However, revisions of the definition of "Vorsatz" types are prerequisite for all these possibilities, because the studies in other disciplines did not take sufficiently into consideration the nuances of legal notions. On the other hand, a gradation of "Vorsatz" types according to the requirements for successful offender rehabilitation, as shown in Chapter 4, would also be promising if the relation between "Vorsatz" types and recidivism risk could be proven.

Prospects: The author called for *a criminal legal dogmatics on both normative and empirical bases*. It means that criminal law scholars should provide evidence for arguments comprising empirical hypotheses. The necessity, potential, and limitations of this approach and challenge toward it are discussed.

Keywords: planned goal striving (implementation intention), act dominion, special prevention, general prevention, prohibition of double use, usual case, hostility toward law, questioning or negation of law, imputation of the result

iv Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen

摘要

問題：按照德國刑法學通說，故意有三種類型：意圖、明知、間接故意。假設其他條件相同，不同的故意類型在量刑時是否應做不同評價？為什麼？

方法：本文以規範與實證之間的對話來回答上述問題。除了刑法學和憲法學的辯證之外，本文大量援引數個領域的知識，例如刑事政策、犯罪學、心理學、行為經濟學及神經科學。為了適切評析實證知識，也注重實證研究方法的理解。

結論：回答第一個問題：罪刑相當原則要求，若故意類型之間具有量或質的重要差異，便應於量刑時做相應不同的評價。回答第二個問題：第 6 章提出的標準，亦即**按照故意類型所代表的構成要件實現風險來做故意分級**，是最有潛力同時具備堅實的規範基礎及實證基礎之標準。本章提出按照此標準來做故意分級的數種可能性。然而，必須先對故意類型的定義略做修改，才能得出明確的答案，這是因為其他領域做的研究不能充分顧及法律概念的細微變化。此外，若有朝一日能釐清故意類型與再犯風險之間的關係，則按照犯罪人矯治的需求來做故意分級，如同第 4 章所分析，也是很可能成功的。

展望：作者提倡**兼具規範與實證基礎的刑法釋義學**，此意味著，刑法學者應該提出經驗證據來支持自己論述當中的經驗命題，若有需要時，也應自己從事實證研究來達成此事。於論文結尾，作者提示這種研究取徑的必要性、潛力和界線，也指出追求此路徑之際可能面臨的挑戰。

關鍵字：有計畫的追求目標（執行意圖），犯罪支配，特別預防，一般預防，雙重評價禁令，常例，法敵對心態，質疑或否定法律，結果歸責

Inhaltsübersicht

Zusammenfassung.....	i
Abstract.....	iii
摘要.....	v
Inhaltsübersicht.....	vii
Inhaltsverzeichnis.....	ix
Tabellenverzeichnis.....	xvii
Abkürzungsverzeichnis.....	xix
Kapitel 1: Einleitung.....	1
Kapitel 2: Rein normative Ansätze über die Vorsatzabstufung.....	7
Kapitel 3: Vorsatzabstufung nach dem generalpräventiven Bedarf.....	61
Kapitel 4: Vorsatzabstufung nach dem spezialpräventiven Bedarf.....	129
Kapitel 5: Vorsatzabstufung nach dem Grad der Tatherrschaft.....	203
Kapitel 6: Vorsatzabstufung nach dem Risiko der Tatbestandsverwirklichung	225
Kapitel 7: Schlussbetrachtung.....	285
Literaturverzeichnis.....	301

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung.....	i
Abstract.....	iii
摘要.....	v
Inhaltsübersicht.....	vii
Inhaltsverzeichnis.....	ix
Tabellenverzeichnis.....	xvii
Abkürzungsverzeichnis.....	xix
Kapitel 1: Einleitung.....	1
1. Fragestellung.....	1
2. Aktuelle Situation: Kurzüberblick.....	2
3. Methodologie.....	3
4. Überblick über den Inhalt.....	4
5. Beispielfälle.....	5
5.1. Absichtlicher Totschlag.....	5
5.2. Betrug mit bedingtem Vorsatz.....	6
Kapitel 2: Rein normative Ansätze über die Vorsatzabstufung.....	7
1. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.....	8
1.1. Abstufung zwischen direktem und bedingtem Vorsatz.....	8
1.1.1. Uneinheitliche Ansichten bis 2016.....	8
1.1.2. Ergebnis des Anfrageverfahrens 2016–2017.....	9
1.2. Direkter Vorsatz als kein selbstständiger Strafschärfungsgrund.....	10
1.2.1. Argument von „Regelfall iVm Doppelverwertungsverbot“.....	11
1.2.2. Argument von „Würdigung im Zusammenhang mit Vorstellungen und Zielen“.....	12
1.2.3. Die sog. „Einzelfallbetrachtung“.....	13
1.2.4. Wechselnde bzw. gemischte Argumente und Verwerfung von „Regelfall“.....	13
1.2.5. Begründungslücke der neuen Rechtsprechung.....	16
1.3. Abstufung zwischen sicherem Wissen und Absicht.....	18
1.3.1. Argument von „Regelfall iVm Doppelverwertungsverbot“.....	18
1.3.2. Argument von „Einzelfallbetrachtung“.....	19
1.3.3. Wende ab 2012.....	21
1.3.4. Anfragebeschluss des 2. Strafsenats.....	21
1.3.5. Antwortbeschlüsse der anderen Strafsenate.....	23

1.3.6. Zwischenergebnis.....	25
1.4. Keine Strafschärfung bei sicherem Wissen „plus“ Absicht.....	27
1.5. Argumente von Schuld und Unrecht.....	27
2. Literaturmeinungen.....	28
2.1. Neutrale Rechtsprechungsberichte.....	29
2.2. Anhänger der Rechtsprechung.....	29
2.3. Die präventiven Argumente.....	32
2.4. Die Argumente von „Regelfall“ und „Gesamtwürdigung“.....	32
2.5. Die Schuldargumente.....	34
2.6. Die Unrechtsargumente.....	35
2.6.1. Tatherrschaft als Substrat des Unrechts.....	35
2.6.2. Bedrohlichkeit aus der Opferperspektive als Substrat des Unrechts.....	36
2.6.3. Infragestellung des Rechts bzw. Ablehnung des Anerkennungsverhältnisses als Substrat des Unrechts.....	37
2.6.4. Erfolgszurechnung als Substrat des Unrechts.....	39
2.7. Die Gesetzssystematik.....	40
2.8. Die „Intensität der Vorsatzelemente“.....	40
2.8.1. Der typologische Vorsatzbegriff Schönemanns.....	40
2.8.2. Die Additionstheorie Schefflers.....	42
2.9. Gegenmeinungen.....	44
2.9.1. Keine verallgemeinerbare Regelung.....	44
2.9.2. Kein Unterschied im Unrecht.....	45
2.9.3. Abstellen auf Tätermotiv.....	46
3. Stellungnahme.....	47
3.1. Zur Gesetzssystematik.....	47
3.2. Zum Regelfall und Doppelverwertungsverbot.....	48
3.3. Zur Einzelfallbetrachtung und Gesamtwürdigung.....	51
3.4. Zu den Schuldargumenten.....	52
3.5. Zu den Unrechtsargumenten.....	56
3.5.1. Infragestellung des Rechts bzw. Ablehnung des Anerkennungsverhältnisses.....	57
3.5.2. Erfolgszurechnung.....	58
4. Zusammenfassung des Kapitels.....	59

Kapitel 3: Vorsatzabstufung nach dem generalpräventiven Bedarf.....61

1. Lehre von der Vorsatzabstufung nach negativ-generalpräventiven Erwägungen.....	62
2. Lehre von der Vorsatzabstufung nach positiv-generalpräventiven Erwägungen.....	64
3. Rezeption.....	66
4. Normative Zulässigkeit.....	69
4.1. Normative Kritiken an der negativen Generalprävention.....	69
4.1.1. Der Gegenstand.....	69
4.1.2. „Menschen wie Tier behandelt“.....	70
4.1.3. „Menschen zum bloßen Mittel herabgesetzt“.....	71
4.2. Normative Kritiken an der positiven Generalprävention.....	72
4.3. Rechtsprechung und die herrschende Lehre.....	72
4.4. Stellungnahme.....	74
4.4.1. Homo oeconomicus in der Abschreckungstheorie.....	74
4.4.2. Kein bloßes Objekt innerhalb des angemessenen Schuldrahmens.....	77
4.4.3. Irrelevanz der Legitimität von Verhaltensnormen.....	77

4.4.4. Kernfrage: Empirische Verifizierbarkeit.....	78
5. Empirische Erkenntnisse über die negativ-generalpräventive Strafzumessung.....	80
5.1. Die zu überprüfenden Thesen.....	80
5.1.1. Drei Elemente der Abschreckung und Zweifel an der Wirksamkeit der Strafhärte	80
5.1.2. Hauptanliegen: Grenzeffekt des Strafeinsatzes.....	81
5.2. Forschung zu den objektiven Strafvariablen.....	82
5.2.1. Befunde zur Todesstrafe.....	82
5.2.2. Befunde zur extremen Freiheitsstrafe.....	84
5.2.3. Befunde zur „normalen“ Strafhärte.....	86
5.2.4. Befunde zur Strafwahrscheinlichkeit.....	87
5.2.5. Befunde zur Strafschnelligkeit.....	88
5.3. Forschung zu den subjektiven Strafvariablen.....	89
5.4. Weitere Faktoren der Abschreckung.....	90
5.5. Konsens?.....	92
5.5.1. Narrative Übersichtsarbeit.....	92
5.5.2. Systematische Übersichtsarbeit und Metaanalyse.....	93
5.5.3. Systematische Übersichtsarbeit über Abschreckungsforschung im Allgemeinen...94	
5.5.4. Systematische Übersicht über die kriminalstatistischen Abschreckungsforschungen	95
5.6. Folgerungen für die Vorsatzabstufung.....	97
5.6.1. Zurzeit kein konkreter Maßstab für die Strafzumessung.....	97
5.6.2. Methodologischen Schwierigkeiten.....	98
5.6.2.1. Allgemeines.....	98
5.6.2.2. „Reales“ Experiment.....	99
5.6.2.3. Quasi-Experiment.....	100
5.6.2.4. Nicht-experimentelle Studien.....	100
5.6.2.5. Zwischenergebnis.....	102
5.6.3. Probabilistischer Effekt.....	103
5.6.4. Erforderlichkeit eines universellen Effekts?.....	104
6. Empirische Erkenntnisse über die positiv-generalpräventive Strafzumessung.....	105
6.1. Die zu überprüfenden Thesen.....	106
6.1.1. Zweifel an der empirischen Überprüfbarkeit.....	106
6.1.2. Schwierigkeiten der empirischen Forschung als Vorzug?.....	108
6.1.3. Prävention durch gerechte Strafe.....	109
6.1.4. Prävention durch Legitimität der Strafrechtspflege.....	110
6.1.5. Positive Generalprävention als Sinn anstatt als Wirkung der Strafe.....	111
6.1.6. Zwischenergebnis.....	112
6.2. Ansteckungsgefahr von abweichenden oder deliktischen Verhaltensweisen.....	115
6.2.1. Psychologie.....	115
6.2.2. Kriminologie.....	116
6.2.3. Normübergreifender Effekt.....	117
6.3. Zielansteckung.....	118
6.4. Die Stärkung der Rechtstreue durch Bestrafung.....	119
6.4.1. Effekt der Strafhärte.....	119
6.4.2. Sanktionshärte iVm der Verfahrensfairness oder dem Vertrauen in die Instanz...121	
6.4.3. Effekt der (Ent-)Kriminalisierung.....	122
6.5. Prävention durch gerechte Strafe.....	122
6.6. Prävention durch Verfahrensfairness.....	125
6.7. Folgerungen für die Vorsatzabstufung.....	125

Kapitel 4: Vorsatzabstufung nach dem spezialpräventiven Bedarf.....	129
1. Literaturmeinungen.....	129
2. Rezeption.....	131
3. Normative Zulässigkeit.....	133
3.1. Soziologische Kritik.....	133
3.2. Zwangsweise Besserung durch den Staat?.....	135
3.2.1. Lehrmeinungen.....	135
3.2.2. Gesetzgebung.....	137
3.2.3. Rechtsprechung.....	140
3.2.4. Stellungnahme.....	143
3.2.4.1. Spezialprävention als legitimer Strafzweck.....	143
3.2.4.2. Zulässigkeit der zwangsweisen Resozialisierung.....	143
3.2.4.3. Vorkehrungen zur Gewährleistung einer freiwilligen Teilnahme an der Resozialisierung.....	147
3.2.5. Zwischenergebnis.....	149
4. Empirische Erkenntnisse.....	150
4.1. Forschung zur Rückfallprognose.....	151
4.1.1. Fünf Generationen der Prognosemethoden.....	152
4.1.2. Qualitätsmaß für die Prognoseinstrumente.....	154
4.1.2.1. Area Under the Receiver Operating Characteristic Curve (AUC).....	155
4.1.2.2. Erforderlichkeit einer zu 100 % sicheren Rückfallprognose?.....	156
4.1.2.3. Prädiktive Validität der statistischen Instrumente zur Rückfallprognose.....	157
4.1.2.4. Prädiktive Validität der klinisch-idiografischen und intuitiven Prognose.....	161
4.1.3. Einwände gegen die Rückfallprognose.....	163
4.1.3.1. Das „Mittelfeldproblem“.....	164
4.1.3.2. Das „Problem vom Falsch-Positiven“ (die „Basisratenproblematik“)......	166
4.1.3.3. Die sog. „zirkuläre Begründungsstruktur“.....	170
4.1.3.4. Der Zeitaufwand der Rückfallprognose.....	171
4.1.4. Vorsatzformen bzw. -elemente und Rückfallrisiko.....	172
4.1.4.1. Absicht als planvolle Zielanstrebung.....	173
4.1.4.2. Weitere Charakterisierungen vom Wollenselement.....	174
4.1.4.3. Potenzial und Notwendigkeit einer Vertiefung der Prognoseforschung.....	175
4.2. Forschung zum Sanktionseffekt.....	176
4.2.1. Methodologische Vorüberlegungen.....	177
4.2.1.1. Schwierigkeiten zur Differenzierung von Wirkungsweisen.....	177
4.2.1.2. Das Problem der Selektionsverzerrung.....	178
4.2.1.3. Methoden zum Umgang mit der Selektionsverzerrung.....	180
4.2.2. Effekt einer härteren Sanktionsart.....	182
4.2.3. Effekt des Strafvollzugs im Vergleich zu anderen Sanktionen – Ergebnisse aus Studien hoher Qualität.....	184
4.2.4. „Dosierung“ der Freiheitsstrafe.....	185
4.2.5. Zwischenergebnis.....	186
4.3. Forschung zur Straftäterbehandlung.....	187
4.3.1. Intervention durch menschlichen Berater.....	188
4.3.2. Die RNR-Prinzipien.....	189
4.3.3. Vorrang der ambulanten Sanktionen.....	191
4.3.4. Einfluss des Studiendesigns.....	192
4.3.5. „Dosierung“ der Straftäterbehandlung.....	193
4.3.6. Moderatorvariablen für den Dosierungseffekt.....	196

5. Folgerungen für die Vorsatzabstufung.....	197
6. Zusammenfassung des Kapitels.....	200

Kapitel 5: Vorsatzabstufung nach dem Grad der Tatherrschaft.....203

1. Abstufbarkeit der Tatherrschaft.....	203
2. Thesen von der Vorsatzabstufung nach dem Grad der Tatherrschaft.....	204
2.1. Wissen und Tatherrschaft.....	205
2.1.1. Voraussetzung für die Tatherrschaft.....	205
2.1.2. Maßstab für die Abstufung der Tatherrschaft.....	205
2.1.3. Täter hinter dem Täter.....	206
2.1.4. Risikoirrtum.....	207
2.1.5. Selbstbeschädigung und -gefährdung.....	209
2.1.6. Die zu überprüfenden Thesen.....	210
2.2. Wollen und Tatherrschaft.....	211
2.2.1. Ausnutzung eines vorsatzlosen Ausführenden.....	211
2.2.2. Mittelbare Tatherrschaft aufgrund intensiverer Form des Wollens.....	212
2.2.3. Ausnutzung eines „absichtslos-dolosen Werkzeugs“.....	212
2.2.4. Die zu überprüfenden Thesen.....	213
3. Empirische Erkenntnisse.....	214
3.1. Die Attributionstheorie.....	214
3.2. Vorsatzelemente und Strafzumessung.....	215
3.3. Vorsatzelemente und volitionale Erfolgskontrolle.....	215
4. Folgerungen für die Vorsatzabstufung.....	218
4.1. Methodologische Kritik.....	219
4.1.1. Interne Validität.....	219
4.1.2. Externe Validität.....	219
4.2. Inhaltliche Kritik.....	220
5. Zusammenfassung des Kapitels.....	223

Kapitel 6: Vorsatzabstufung nach dem Risiko der Tatbestandsverwirklichung 225

1. Thesen in der Literatur.....	225
1.1. Wissen und Handlung.....	225
1.1.1. Grad der Willensfreiheit.....	225
1.1.2. Wissen als Gegenmotive, Hemmungen oder psychologische Hindernisse.....	226
1.1.3. Die das Wollen veranlassenden Vorstellung.....	227
1.1.4. Doppelfunktion des Wissens als Motive und Gegenmotive.....	229
1.1.5. Wissen und Vermeidemacht.....	231
1.2. Emotion und Handlung.....	233
1.3. Einstellung (Gesinnung) und Handlung.....	234
1.3.1. Vorsatz als Indiz für die gefährliche Gesinnung.....	234
1.3.2. Gesinnung als Vorsatzelement und als Handlungsmaxime.....	235
1.3.3. Interpretierte Handlungsmaxime?.....	236
1.4. Ziel und Handlung.....	237
1.4.1. Planvolle Zielanstrebung.....	238
1.4.2. Bereitschaft zum Verzicht auf die Tatbegehung.....	239
2. Empirische Erkenntnisse.....	240
2.1. Die zu überprüfenden Thesen.....	240
2.2. Vorgestellte Erfolgchance und Handlung.....	242

2.2.1. Psychologie.....	242
2.2.2. Kriminologie.....	245
2.3. Emotion und Handlung.....	247
2.3.1. Lustgefühl als Motiv.....	248
2.3.1.1. Interaktion mit der moralischen oder normativen Einstellung.....	250
2.3.1.2. Bei Kindern und Jugendlichen mit Störungen des Sozialverhaltens.....	250
2.3.1.3. Relevanz der Emotion für die Straftäterbehandlung.....	251
2.3.2. Zwischenergebnis.....	252
2.4. Einstellung (Gesinnung) als Handlungsmaxime.....	253
2.4.1. Psychologie.....	253
2.4.2. Kriminologie.....	255
2.5. Ziel (Zweck) und Handlung.....	259
2.5.1. Psychologie.....	259
2.5.1.1. Einfluss der Intention.....	259
2.5.1.2. Die Intention-Handlung-Kluft.....	260
2.5.1.3. Einfluss der Planung.....	261
2.5.1.4. Wie hilft die Planung bei der Zielerreichung?.....	263
2.5.2. Kriminologie.....	265
2.5.2.1. Die Intention-Straftat-Kluft.....	266
2.5.2.2. Zwischenergebnis.....	268
3. Folgerungen für die Vorsatzabstufung.....	268
3.1. Wollenselement beim Eventualvorsatz als Einstellung.....	268
3.2. Risiko für die Tatbestandsverwirklichung.....	270
3.2.1. Normative Zulässigkeit.....	270
3.2.2. Unzureichende kriminologische Studien.....	271
3.2.3. Kein einfacher Vergleich zwischen Vorsatzformen.....	271
3.2.4. Möglichkeiten für Vorsatzabstufung.....	273
3.2.4.1. Vorsatzabstufung durch Umdefinieren der Absicht.....	274
3.2.4.2. Vorsatzabstufung durch Wahl der Vorsatzlehre.....	275
3.2.4.3. Vorsatzabstufung durch Kombination der vorstehenden beiden Ansätzen.....	276
3.2.4.4. Vorsatzabstufung durch Anerkennung einer vierten Vorsatzform als planvoller Zielanstreben.....	277
3.2.4.5. Vorsatzabstufung durch Anerkennung einer vierten Vorsatzform als Absicht „plus“ sicheren Wissens.....	278
3.2.5. Einschränkungen.....	280
3.2.6. Zwischenergebnis.....	281
3.3. Vermeidemacht und Bereitschaft zur Vermeidung.....	282
4. Zusammenfassung des Kapitels.....	284
Kapitel 7: Schlussbetrachtung.....	285
1. Zusammenfassung der vorherigen Kapitel.....	285
1.1. Rechtsprechung und der Literaturmeinungen.....	285
1.2. Rein normative Ansätze über die Vorsatzabstufung.....	286
1.3. Vorsatzabstufung nach dem generalpräventiven Bedarf.....	287
1.3.1. Die zu überprüfenden Thesen.....	288
1.3.2. Normative Zulässigkeit.....	288
1.3.3. Folgerungen aus empirischen Erkenntnissen.....	289
1.3.3.1. Vorsatzabstufung nach negativ-generalpräventiven Erwägungen.....	289
1.3.3.2. Vorsatzabstufung nach positiv-generalpräventiven Erwägungen.....	290

1.4. Vorsatzabstufung nach dem spezialpräventiven Bedarf.....	291
1.4.1. Die zu überprüfenden Thesen.....	291
1.4.2. Normative Zulässigkeit.....	292
1.4.3. Folgerungen aus empirischen Erkenntnissen.....	293
1.5. Vorsatzabstufung nach dem Grad der Tatherrschaft.....	294
1.5.1. Die zu überprüfenden Thesen.....	294
1.5.2. Normative Zulässigkeit.....	295
1.5.3. Folgerungen aus empirischen Erkenntnissen.....	295
1.6. Vorsatzabstufung nach dem Risiko der Tatbestandsverwirklichung.....	296
1.6.1. Die zu überprüfenden Thesen.....	296
1.6.2. Normative Zulässigkeit.....	296
1.6.3. Folgerungen aus empirischen Erkenntnissen.....	296
1.7. Beantwortung der Ausgangsfragen.....	297
2. Aussicht auf eine normativ sowie empirisch fundierte Strafrechtsdogmatik.....	298
Literaturverzeichnis.....	301

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Vorsatzabstufung nach dem „typologischen Vorsatzbegriff“ <i>Schünemanns</i>	41
Tabelle 2: Vorsatzabstufung nach der „Additionstheorie“ <i>Schefflers</i>	43
Tabelle 3: Prädiktive Validität der statistischen Instrumente zur Rückfallprognose.....	158
Tabelle 4: Vier Ausgänge der Prognose.....	168
Tabelle 5: Konditionellen Wahrscheinlichkeiten der Klassifikation.....	168
Tabelle 6: Anteile von Ausgängen der Prognose an der Grundgesamtheit.....	168
Tabelle 7: Unterschiede zwischen den Vorsatzformen nach der h. M.....	272
Tabelle 8: Vorsatzabstufung bei Umdefinition der Absicht als planvoller Zielanstrebung	275
Tabelle 9: Vorsatzabstufung bei Annahme der Möglichkeitstheorie.....	276
Tabelle 10: Vorsatzabstufung bei Umdefinition der Absicht als planvoller Zielanstrebung und unter Annahme der Möglichkeitstheorie.....	277
Tabelle 11: Vorsatzabstufung bei Absicht „plus“ sicherem Wissen.....	278

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraf
§§	Paragrafen
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
ArchCrimR NF	Archiv des Criminalrechts: Neue Folge
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AUC	Area under an ROC curve
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
bearb. v.	bearbeitet von
BeckOK-StGB	Beck'scher Online-Kommentar StGB
Beschl.	Beschluss
BGBI. I	Bundesgesetzblatt, Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Deutscher Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DRI	Driver Risk Inventory
ed.	Edition; edited by

xx *Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen*

Ed.	Editor
EFP-63	Empirisch fundierte Prognosestellung im Maßregelvollzug gemäß §63 StGB
ERASOR	Estimate of Risk of Adolescent Sexual Offense Recidivism
f.	Folgende (Einzahl)
ff.	Folgende (Mehrzahl)
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
g.F.	geltende Fassung
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
HCR-20	Historical-Clinical-Risk Management – 20: Violence Risk Assessment Scheme
HK-GS	Gesamtes Strafrecht. StGB, StPO, Nebengesetze; Handkommentar
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
hrsg.	herausgegeben von
Hrsg.	Herausgeber
ILRV	Integrierte Liste der Risikovariablen
inbs.	insbesondere
iVm	in Verbindung mit
J-SOAP-II	Juvenile Sex Offender Assessment Protocol – II
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
Losebl.	Loseblatt
LS/CMI	Level of Service/Case Management Inventory
LSI-R	Level of Service Inventory – Revised
m.a.W.	mit anderen Worten

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
M SchrKrim	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
NK-StGB	NomosKommentar zum Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ODARA	Ontario Domestic Assault Risk Assessment
OGRS	Offender Group Reconviction Scale
OLG	Oberlandesgericht
PCL-R	Hare Psychopathy Checklist – Revised
PCL: SV	Hare Psychopathy Checklist: Screening Version
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RG	Reichsgericht
RGBL. I	Reichsgesetzblatt Teil I
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
RNR-Prinzipien	Risk-Need-Responsivity Principles
ROC	Receiver Operating Characteristics
RRS	Rückfallrisiko bei Sexualstraftätern
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
s.	siehe
S.	Seite; Satz
SAPROF	Structured Assessment of PROtective Factors for violence risk
SARA	Spousal Assault Risk Assessment Guide
SAVRY	Structured Assessment of Violence Risk in Youth
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SORAG	Sex Offender Risk Appraisal Guide
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StVollzG	Strafvollzugsgesetz: Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung
SURPS	Substance Use Risk Profile Scale
SVR-20	Sexual Violence Risk-20
u. a.	unter anderem; und andere
Univ.	Universität

Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	versus; von
vgl.	vergleiche
VRAG	Violence Risk Appraisal Guide
YLS/CMI	Youth Level of Service/Case Management Inventory
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	Zum Teil
zugl.	zugleich

Kapitel 1: Einleitung

1. Fragestellung

Diese Arbeit will das Thema »*Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen*« im Hinblick auf zwei Kernfragen untersuchen: Erstens, ob unterschiedliche Vorsatzformen auch bei der Strafzumessung unterschiedlich zu bewerten sind? Zweitens: Nach welchem Maßstab soll die Bewertung erfolgen?

Das Thema hat eine *große praktische Bedeutung*, weil es bei der Strafzumessung meist um Vorsatztaten geht¹. Der Bundesgerichtshof hat bis 2019 über 40 Entscheidungen zu diesem Thema gefällt². Dabei waren die Ergebnisse und die Begründungen nicht einheitlich. Nach jahrzehntelanger Debatte sind sich alle Strafsenate des BGH im Jahr 2017 infolge eines Anfrageverfahrens (§ 132 Abs. 3 GVG) schließlich drüber einig geworden, dass die Tötungsabsicht ein tauglicher Strafschärfungsgrund sei³.

Das Thema hat zudem eine *große theoretische Bedeutung*. In der deutschen Strafrechtswissenschaft debattiert man seit Jahrhunderten heftig über die richtige Anzahl und Definition der Vorsatzformen⁴. Dabei liegen die Streitpunkte zunächst in der Einstufung des „*dolus eventualis*“ als Vorsatz, zweitens in der Erforderlichkeit eines voluntativen Elements für *dolus eventualis* oder für den Vorsatz überhaupt, drittens in der Definition für das voluntative Element des *dolus eventualis*⁵ und viertens in der Einordnung des Vor-

¹ Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, 2019, S. 308, 316.

² Kapitel 2: Abschnitt 1.

³ Kapitel 2: Abschnitt 1.3.4–1.3.6; zusammenfassend S. 25.

⁴ Zur Dogmengeschichte vgl. Puppe, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 15, Rn. 14–99; Puppe, ZStW 103 (1991), 1 (23–32); Duttge, in: MK-StGB, 3. Aufl. (2017), § 15, Rn. 38–59; Joecks, in: MK-StGB, 3. Aufl. (2017), § 16, Rn. 22–61; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 292–303; Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1907, S. 275–304; Frank, ZStW 10 (1890), 169 (171–194); Bekker, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, 1859, S. 283–310.

⁵ Verschiedentlich als „eventuell auf sich nehmen“ (RG, 1. Strafsenat Ur. v. 28.1.1892 – 3823/91, RGSt, 393 (394)); „in den Willen aufnehmen“ (RG, 4. Strafsenat, Ur. v. 18.2.1896 – 4719/95, RGSt, 189 (190); RG, 4. Strafsenat Ur. v. 16.11.1897 – 2815/97, RGSt, 333 (335); RG, 3. Strafsenat, Ur. v. 7.12.1899 – 4196/99, RGSt, 4 (5 f.)); „Einwilligung“ (RG, 4. Strafsenat Ur. v. 16.11.1897 – 2815/97, RGSt, 333 (335)); „Einverständnis“ (RG, 3. Strafsenat, Ur. v. 7.12.1899 – 4196/99, RGSt, 4 (5 f.)); „Billigung“ (RG, 3. Strafsenat, Ur. v. 7.12.1899 – 4196/99, RGSt, 4 (5 f.)); RG, 2. Strafsenat, Ur. v. 14.12.1933 – II 1198/33, RGSt 1933, 424 (424 f.)); „billigend in Kauf nehmen“ (RG, 2. Strafsenat, Ur.

2 Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen

satzes in die Schuld- oder Unrechtsebene. Der Grund bzw. Zweck dafür, weshalb man, wie heute überwiegend anerkannt, zwischen drei Vorsatzformen – Absicht, sicherem Wissen und *dolus eventualis* (bedingtem Vorsatz) – unterscheidet, wird allerdings nur selten thematisiert⁶. Besteht der Grund für die Dreiteilung der Vorsatzformen lediglich darin, dass erst damit all diejenigen Handlungen unter Vorsatzstrafe gestellt werden können, für die eine Fahrlässigkeitsstrafe als zu milde empfunden wird? Oder, kann die Dreiteilung der Vorsatzformen mit materiellen Zwecken begründet werden? Vermitteln unterschiedliche Vorsatzformen auch unterschiedliche rechtliche Bewertung der Tatbegehung? Sollen sich diese Unterschiede auch in der Strafzumessung niederschlagen? Aus diesen Überlegungen ergeben sich die Ausgangsfragen dieser Arbeit.

2. Aktuelle Situation: Kurzüberblick

Neben den vielen BGH-Entscheidungen thematisieren seit den 1980er-Jahren mindestens 7 Zeitschriftenaufsätze die »Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen«. 6 Monografien behandeln dieser Problematik in einem gesonderten Unterabschnitt⁷. Alle neuerlichen strafzumessungsrechtlichen Lehrbücher und Kommentare besprechen bei § 46 StGB dieses Thema. Die meisten Autoren befürworten heute eine Vorsatzabstufung bei der Strafzumessung, während die Situation vor 2016 ganz anders war.

Hinzu kommen unzählige Arbeiten über den Vorsatzbegriff. Ein Teil davon bringt Argumente vor, aus denen Abstufung der Vorsatzformen oder der -elemente abgeleitet werden kann. Zur Klärung der »Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen« bedarf es darum einer umfassenden Prüfung vieler miteinander zusammenhängender Themen, da die Strafzumessung ein Kristallisationspunkt für verschiedene Wertungen des Strafrechts ist.

v. 14.12.1933 – II 1198/33, RGSt 1933, 424 (425)); „damit ernstlich rechnen“ (RG, 5. Strafsenat Urt. v. 22.10.1943 – 5 D 269/43, RGSt, 240 (242)); „Billigung im Rechtssinn“ (BGH, Urt. v. 22.4.1955 – 5 StR 35/55, BGHSt, 363 (369)); zu weiteren Charakterisierungen vgl. Roxin, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 21–88.

⁶ Vgl. Schünemann, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (371, Fn. 28).

⁷ Monografien: Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 498–501; Fahl, Regeltatbild, 1996, S. 150–155; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 260–263; Kelker, Legitimität von Gesinnungsmerkmalen, 2007, S. 421 f; Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 148–160; Giannoulis, Studien, 2014, S. 113–115.

– Zeitschriftenaufsätze: Bruns, JR 1981, 512; Fahl, JR 2017, 387; Foth, JR 1985; Streng, StV 2017, 526–528; Tomiak, HRRS 2017, 225; Stam, JZ 73 (2018), 601; Kett-Straub, NSTZ 38 (2018), 535; näher in Kapitel 2: Abschnitt 2.

3. Methodologie

Die bisherige Rechtsprechung und Literatur suchen die Lösung für die »Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen« im Begriffssystem des Strafrechts. Argumentiert wird z. B. mit Gesetzessystematik, Unrecht, Schuld, präventiven Strafzwecken oder Strafzumessungsregeln. Diese Methode hat den Vorzug, dass ihre Lösung mit dem Gefüge des Strafrechts leicht in Einklang gebracht werden kann. Die vorliegende Arbeit ist ähnlich verfahren. Wie in Kapitel 5 und 6 noch zu zeigen ist, kann die Lösung in dieser Arbeit als Unrechtsargument verstanden werden.

Der Hauptunterschied zwischen der vorliegenden Arbeit und anderen Arbeiten besteht darin, dass hier versucht wird, jede These, wenn möglich, in *einem interdisziplinären Dialog zwischen Norm und Empirie* zu würdigen. Denn die Argumente zur Vorsatzabstufung beinhalten nicht selten empirische Hypothesen über die Wirkung einer mit bestimmter Vorsatzform begangenen Straftat oder über die Wirkung der Strafe. Sollte sich ein Teil dieser Hypothesen als fern der Realität erweisen, würde dies die Grundlagen für die betreffenden Argumente untergraben.

In jedem Kapitel werden zunächst die Argumente zur Vorsatzabstufung aus der Rechtsprechung und Literatur gesammelt oder abgeleitet. Sodann ist aus normativer Perspektive zu überprüfen, ob diese Argumente, insb. im Hinblick auf ihre Zwecksetzung, Bewertungsgegenstände, Bewertungsmaßstäbe, Konsequenzen und das denen zugrundeliegenden Menschenbild, mit einer liberal-rechtsstaatlichen Verfassung sowie mit dem geltenden Strafrecht vereinbar sind.

Bei den Argumenten, die sich (auch) auf empirische Aussagen stützen, erfolgt die normative Überprüfung im ersten Schritt unter der Annahme, diese Aussagen wären empirisch belegt. Damit weiß man, ob die empirischen Argumente auch im Idealfall, dass sie empirisch völlig unumstritten wären, aus normativen Gründen nicht vertretbar sind. Denn man muss sich stets vor Augen halten: Was nützlich ist, heißt nicht immer richtig⁸. Was immer unrichtig ist, darf aber auf keinen Fall eingesetzt werden, wie nützlich es auch immer sein mag. Ein weiterer Vorzug dieser normativen Prüfung unter Annahme eines empirischen Idealfalls ist, dass dadurch, wenn nicht immer, der große Aufwand der empirischen Studien erspart werden kann. Stellt sich heraus, dass die empirische Aussage einer Lehre zur Vorsatzabstufung zumindest teilweise normativ zulässig ist, dann soll überprüft werden, ob und inwieweit sie empirisch fundiert ist. Dazu bezieht sich die vorliegende Arbeit in erster Linie auf die Erkenntnisse aus den Bereichen Kriminologie, Psychologie,

⁸ Vgl. Greco, Journal of New Perspectives on Law (Taiwan) 2010, 61 (67).

4 Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen

Verhaltensökonomie und Neurowissenschaft. Großer Wert wird zudem auf die Forschungsmethodik gelegt, um eine angemessene Würdigung der Tragfähigkeit vom empirischen Wissen nachzuvollziehen. Am Ende jedes Kapitels, das empirische Thesen behandelt, werden aus einem Dialog zwischen Norm und Empirie Folgerungen für die Vorsatzabstufung gezogen. Für den jeweiligen Themenbereich wird auf die Möglichkeiten zur Ausweitung und Vertiefung der Forschung hingewiesen.

4. Überblick über den Inhalt

Die vorliegende Arbeit wird thematisch in 6 Kapitel gegliedert:

In Kapitel 2 stelle ich die Entwicklung der Problematik der Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen und die Argumente in der Rechtsprechung sowie der Literatur vor. Kapitel 2 befasst sich jedoch nur mit den Argumenten, die primär einen normativen Inhalt haben. Weitere Gesichtspunkte, soweit sie auch eine empirische Aussage beinhalten, sind dem restlichen Teil der Arbeit überlassen.

Kapitel 3 und Kapitel 4 erörtern die präventionsorientierten Argumente zur Vorsatzabstufung. Kapitel 3 bespricht die negativ- sowie positiv-generalpräventiven Erwägungen und Kapitel 4 die spezialpräventiven Ansätze. Dabei versuche ich nicht, den jahrhundertelangen Streit um die Straftheorien ein für alle Mal zu beenden. Ich kläre vielmehr auf, ob und inwieweit die normativen und empirischen Argumente zu den präventiven Strafzwecken zutreffen und damit eine präventiv orientierte Vorsatzabstufung möglich ist.

In Kapitel 5 handelt es sich um einen bisher kaum beachteten Ansatz: den Zusammenhang zwischen den Vorsatzformen und dem Grad der Tatherrschaft. Dieses Kapitel schlägt eine Brücke von der subjektiven zur objektiven Seite der Straftat und damit zum Thema von Kapitel 6, welches die Zusammenhänge des Wissens und Wollens mit der Handlungsvornahme und der Herbeiführung eines Handlungserfolgs untersucht. Diese Zusammenhänge lassen sich als „Risiko für die Tatbestandsverwirklichung“ begreifen.

Das abschließende Kapitel 7 fasst die bisherigen Ergebnisse über die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen zusammen und verweist auf die offengebliebenen Fragen. Das Potenzial einer *normativ sowie empirisch fundierten Strafrechtsdogmatik* wird diskutiert.

5. Beispielfälle

Im Folgenden werden die zugrundeliegenden Feststellungen von zwei Entscheidungen des BGH vorgestellt, um einen Eindruck über den Gegenstand der Debatte um die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen zu vermitteln. Der erste Fall (Absichtlicher Totschlag) ist für diese Problematik von besonderer Bedeutung, da er in letzter Zeit zur einer Übereinstimmung zwischen den Meinungen der Strafsenate des BGH geführt hat⁹. Der zweite Fall (Betrug mit bedingtem Vorsatz) dient dazu zu verdeutlichen, dass sich die Problematik der Vorsatzabstufung zwar meistens auf den Tötungsfall bezieht, sich aber nicht darauf beschränkt.

5.1. Absichtlicher Totschlag

Aus den Gründen¹⁰: „Nach den Feststellungen des Landgerichts beschloss der 74 Jahre alte Angeklagte R. am 22. Oktober 2013, seine erheblich jüngere und Trennungsabsichten hegende Ehefrau R. zu töten. In Ausführung dieses Tatentschlusses griff er sie auf der Kellertreppe des gemeinsamen Wohnanwesens an und schlug ihr einen Gegenstand gegen den Kopf, wodurch sie die Kellertreppe hinunterstürzte und zu Boden fiel. Nunmehr ergriff der Angeklagte einen etwa 2,8 Kilogramm schweren Feuerlöscher und schlug damit in Tötungsabsicht mindestens fünf Mal wuchtig auf den Kopf seiner am Boden liegenden Ehefrau ein. Sie erlitt durch diese mehrfachen, massiven Gewalteinwirkungen multiple offene Schädel-Hirn-Verletzungen. Weitere stumpfe Gewalteinwirkungen gegen den Oberkörper des Tatopfers führten zu zahlreichen Rippenbrüchen, die linksseitig zu einer mehrfachen Durchsetzung der Brusthöhle und zu Einblutungen in die Lunge führten. Die Ehefrau des Angeklagten verstarb aufgrund der erlittenen massiven Verletzungen innerhalb weniger Minuten.“

„Nach der Tat benachrichtigte der Angeklagte den Rettungsdienst und behauptete in dem Bemühen, ein Sturzgeschehen vorzutäuschen, er habe seine Ehefrau nach Gartenarbeiten blutüberströmt und verletzt im Keller aufgefunden.“

Fragestellung: Soll der Täter, angenommen, dass die Feststellung einer Tötungsabsicht richtig sei, leichter als, schwerer als oder gleich schwer wie ein Täter, der *ceteris paribus* mit sicherem Wissen über bedingtem Vorsatz gehandelt hat, bestraft werden? Aus welchen Gründen?

⁹ S. 21–26.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 2 f.); näher S. 21–23.

5.2. Betrug mit bedingtem Vorsatz

Zusammenfassung von Feststellungen des Tatgerichts¹¹: Frau F ließ bei Urologen U eine Nierenbehandlung durchführen. Vor dem Eingriff klärte U zwar die F über mögliche Risiken, insbesondere die Gefahr von Blutungen und Infektionen, auf, jedoch nicht darüber, dass es in seltenen Fällen zu einem Funktionsverlust des Organs kommen kann. Eine Nierenfunktionsprüfung führte U nicht durch. Nachdem wieder Nierenschmerzen aufgetreten waren, wechselte F zum Urologen B. B veranlasste eine Nierenfunktionsprüfung, die eine seit längerem bestehende Organschädigung feststellte. Die rechte Niere wurde daraufhin entfernt. F erhob gegen U Ansprüche auf Schadensersatz. Obwohl U seine Eingriffe für „lege artis“ hielt, schloss er nicht aus, dass der Organverlust möglicherweise doch auf seine falsche Diagnose und Behandlung zurückzuführen sein könnte. U war der Ansicht, dass ein Hinweis auf das nur sehr entfernte Risiko des Organverlustes nicht erforderlich war. Er wusste aber, dass eine entsprechende Aufklärung trotzdem allgemeiner Praxis entsprach. Aus Furcht vor einem möglichen Verlust des Prozesses manipulierte U die Krankenunterlagen und legte eine entsprechende Aufklärungsbestätigung seiner Klageerwiderung bei.

Das Tatgericht spricht von einem bedingten Betrugsvorsatz, weil sich U zwar nicht sicher gewesen sei, ob die Ansprüche von Frau F gegen ihn tatsächlich bestanden oder nicht. U habe es aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen, dass er durch seine Täuschungshandlungen berechnete Ansprüche abwehren würde.

Fragestellung: Soll der Täter, angenommen, dass die Feststellung vom bedingten Betrugsvorsatz richtig sei, leichter als, schwerer als oder gleich schwer wie ein Täter, der *ceteris paribus* mit sicherem Wissen über Absicht gehandelt hat, bestraft werden? Aus welchen Gründen?

¹¹ BGH, Urt. v. 17.10.1996 – 4 StR 389/96, BGHSt, 268 (268–270); näher S. 9.

Kapitel 2: Rein normative Ansätze über die Vorsatzabstufung

In diesem Kapitel möchte ich zuerst die Entwicklung und den aktuellen Stand der Diskussion über die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen betrachten und dann einen Teil der Ansichten in der Rechtsprechung und der Literatur kritisch überprüfen. Die Problematik der Vorsatzabstufung hat in der deutschen Strafrechtswissenschaft eine Geschichte von mindestens 65 Jahren. Der Bundesgerichtshof besprach diese Problematik 1953 zum ersten Mal und 1968 zum zweiten Mal. Seit Ende der 1970er-Jahre diskutiert zunächst der BGH und später auch die Literatur zunehmend über die Vorsatzabstufung. Vielfältige Ergebnisse werden dabei aus vielfältigen Argumenten gezogen, die sich mit verschiedenen Rechtsfiguren der Verbrechenslehre oder des Strafzumessungsrechts verknüpfen, wie etwa Regelfall, Doppelverwertungsverbot, Schuld und Unrecht. Nach jahrzehntelanger Debatte sind sich im Jahr 2017 alle Strafsenate des BGH schließlich darüber einig geworden, dass die Tötungsabsicht als Strafschärfungsgrund bewertet werden dürfe. Dem schließen sich die Literaturmeinungen zunehmend an, wenngleich über den richtigen Grund dafür und nähere Aspekte der Vorsatzabstufung nach wie vor wesentliche Meinungsverschiedenheiten bestehen.

In Abschnitt 1 werden die Ansichten der Strafsenate des BGH dargestellt. Da auch derselbe Strafsenat zu verschiedenen Zeiten verschiedene Ansichten vertritt oder dieselbe Ansicht verschiedentlich begründet, wird der Schwerpunkt auf die Meinungsentwicklung jedes Strafsenats gelegt. Daran lässt sich erkennen, welcher Strafsenat zum Zustandekommen der h. M. den größten Beitrag geleistet hat und welcher trotz der Zustimmung gegenüber der h. M. eigentlich bei seiner früheren Ansicht geblieben ist. Abschnitt 2 wird zeigen, welche Position die Literatur zu den Rechtsansichten des BGH einnimmt, welche Argumente sie selber zur Vorsatzabstufung anführt und inwiefern diese Argumente akzeptiert werden. In Abschnitt 3 werden die primär normativen Argumente näher betrachtet und kritisch beurteilt. Weitere Argumente, soweit sie einer empirischen Untermauerung bedürfen, werden in den nachfolgenden Kapiteln behandelt.

1. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

1.1. Abstufung zwischen direktem und bedingtem Vorsatz

1.1.1. Uneinheitliche Ansichten bis 2016

Der BGH erkennt seit 1953, kurz nach seiner Gründung, die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen an. *Der 1. Strafsenat* wies als Erster darauf hin, dass bei Untreue (§ 266 StGB) der „Schuldvorwurf“ im Fall des sicheren Wissens, wo der Täter den Vermögensschaden seines Auftraggebers als sicher voraussah, und im Fall des bedingten Vorsatzes, wo er diesen Schaden nur für gefährlich hielt und trotzdem billigte, „durchaus verschieden“ sei. Dieser Unterschied dürfe „bei Ermittlung der angemessenen Strafe nicht unberücksichtigt bleiben¹².“ Dieses Gebot zur Berücksichtigung in Verbindung mit der Formulierung des Senats, dass der Täter „lediglich“ den bedingten Vorsatz habe¹³, lässt erkennen, dass der bedingte Vorsatz strafmildernd wirken soll.

Eindeutig für diese Auslegung hat sich *der 3. Strafsenat* 1978 ausgesprochen, dass dem Gericht es nicht verwehrt sei, direkter Tötungsvorsatz „als Grund für eine Höherbemessung der Strafe“ gegenüber bedingtem Tötungsvorsatz heranzuziehen, da der Täter im letzten Fall „durch Erfüllung der weniger schwerwiegenden Begehungsform – geringere Schuld auf sich geladen hat¹⁴.“ Im Jahr 1981 hat derselbe Senat diese Ansicht bestätigt¹⁵.

Der 4. Strafsenat vertrat 1984 eine entgegengesetzte Auffassung, die im Nachhinein häufig zitiert wird: „Die Vorsatzform besagt jedoch für sich genommen in der Regel nichts über das Ausmaß der Tatschuld. Eine bedingt vorsätzliche Tötung aus nichtigem Anlaß oder zu verwerflichen Zwecken kann schwerer wiegen als eine mit direktem Vorsatz verübte Tat, die auf immerhin verständlichen Beweggründen beruht. Die Vorsatzform ist daher regelmäßig als selbstständige Strafzumessungstatsache ungeeignet; sie bedarf der Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters¹⁶.“

Bemerkenswert ist, dass sich *der 3. Strafsenat* des BGH ein halbes Jahr nach der letztgenannten Auffassung *des 4. Strafsenats*, dass die Vorsatzform regelmäßig als selbstständige Strafzumessungstatsache ungeeignet sei, anschloss¹⁷ und seitdem daran festhielt.

¹² BGH, Urt. v. 8.5.1953 – 1 StR 87/53 (Rn. 21).

¹³ BGH, a.a.O., Rn. 22.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 8.2.1978 – 3 StR 425/77 (Rn. 3).

¹⁵ BGH, Beschl. v. 13.5.1981 – 3 StR 126/81 (Rn. 3).

¹⁶ BGH, Beschl. v. 15.2.1984 – 4 StR 51/84 (Rn. 8).

¹⁷ BGH, Beschl. v. 29.8.1984 – 3 StR 353/84 (Rn. 2).

Mit diesem Argument hat *der 3. Strafsenat* sowohl eine Strafschärfung aufgrund des direkten Tötungsvorsatzes¹⁸ als auch eine Strafmilderung aufgrund des unbedingten Tötungsvorsatzes abgelehnt¹⁹.

Vor diesem Hintergrund ist es etwas überraschend, wenn ausgerechnet *der 4. Strafsenat* 1996 zur früheren Meinung *des 3. Strafsenats* zurückkehrte, wenn er bei einem versuchten Betrugsfall darauf hinwies, dass der Schuldgehalt „vor allem deswegen niedriger einzuschätzen, weil der Angeklagte nur mit bedingtem und nicht mit direktem Vorsatz gehandelt hat“²⁰. *Der 4. Strafsenat* sprach 2009 sogar von einem „Grundsatz“, dass der bedingte Tötungsvorsatz im Verhältnis zum direkten Tötungsvorsatz eine geringere Tatschwere bzw. einen geringeren Unrechtsgehalt aufweisen soll²¹.

Zur Abstufung zwischen bedingtem und direktem Vorsatz hat sich *der 2. Strafsenat* spät geäußert. Er bezeichnete 2004 zuerst die Messerverletzungen mit direktem Tötungsvorsatz im Verhältnis zu denen mit bedingtem als „Steigerung des Tötungsvorsatzes“²². Im Jahr 2016 argumentierte *der 2. Strafsenat* für eine „grundsätzliche gesetzgeberische Anerkennung einer Schuldschwereskala im Bereich des subjektiven Tatbestands“, der zufolge das Handeln mit Absicht oder sicherem Wissen das Handlungsunrecht gegenüber dem Handeln mit bedingtem Vorsatz erhöhen soll²³.

1.1.2. Ergebnis des Anfrageverfahrens 2016–2017

Der letztgenannte Beschluss des *2. Strafsenats* war zugleich ein Anfragebeschluss (§ 132 Abs. 3 GVG). Er hat dazu geführt, dass alle übrigen Strafsenate des BGH im Jahr 2017 zur Problematik der Vorsatzabstufung Stellung nahmen²⁴.

Die Antwortbeschlüsse der übrigen Strafsenate lassen sich wie folgt zusammenfassen. *Der 3. und der 5. Strafsenat* schließen sich der vom *2. Strafsenat* vertretene grundsätzlichen Schuldschwereskala der Vorsatzformen an²⁵. Dies entspricht der ursprünglichen Auffassung *des 3. Strafsenats* von 1978, aber es läuft seiner seit 1984 vertretenen Ansicht zuwider²⁶. Mit dem Beschluss stellt sich *der 5. Strafsenat* als der letzte Senat dar, der sich

¹⁸ BGH, Urt. v. 25.10.1989 – 3 StR 180/89 (Rn. 11); BGH, Beschl. v. 13.12.1989 – 3 StR 430/89.

¹⁹ BGH, Urt. v. 28.3.2001 – 3 StR 463/00 (Rn. 6).

²⁰ BGH, Urt. v. 17.10.1996 – 4 StR 389/96, BGHSt, 268 (274).

²¹ BGH, Beschl. v. 19.3.2009 – 4 StR 53/09, HRRS 2009, Nr. 453 (Rn. 6); näher unten bei Fn. 69.

²² BGH, Urt. v. 15.9.2004 – BGH 2 StR 242/04 (Rn. 18).

²³ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 22 f.); vgl. auch BGH, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15 (Rn. 12).

²⁴ Zur Absicht als Strafschärfungsgrund vgl. S. 21–25.

²⁵ BGH, Beschl. v. 23.2.2017 – 5 ARs 57/16 (S. 391); BGH, Beschl. v. 7.3.2017 – 3 ARs 21/16, HRRS 2017, Nr. 733 (Rn. 8).

²⁶ Bei Fn. 14, 17–19.

mit der Problematik der Vorsatzabstufung befasst.

Der 1. und der 4. Strafsenat stimmen der Ansicht *des 2. Strafsenats* nur insofern zu, als eine besondere Konstellation des direkten Vorsatzes, nämlich Tötungsabsicht, unter Umständen straferschwerend bewertet werden könne. Die beiden Senate lehnen aber die grundsätzliche Schwere skala der Vorsatzformen ab und bestätigten das Erfordernis einer „Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters“²⁷. Somit stellt sich der *1. Strafsenat* gegen die 1953 selbst vertretene Abstufung zwischen sicherem Wissen und bedingtem Vorsatz²⁸. *Der 4. Strafsenat* widerspricht dadurch seiner im Jahre 2009 formulierten Grundsatz und kehrt zu seiner eigenen Auffassung von 1984 zurück²⁹.

Aus dem Anfrageverfahren des BGH ergeben sich daher zwei Auffassungen in Bezug auf die Abstufung zwischen bedingtem und direktem Vorsatz. Für den *2.*, den *3.* und den *5. Strafsenat* wiegt der direkte Vorsatz (sowohl Absicht als auch sicheres Wissen) grundsätzlich schwerer als der bedingte Vorsatz. Für den *1.* und den *4. Strafsenat* kommt es vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an³⁰.

Schließlich ist jedoch auf einen neuen Beschluss *des 4. Strafsenats* aus dem Jahr 2019 hinzuweisen. Unter Verweis auf den *2. Strafsenat* rügt der *4. Strafsenat* nun, dass es sich nicht erschließe, „warum das Landgericht – innerhalb der Vorsatzstufen von Eventualvorsatz über unbedingten Vorsatz bis hin zur Absicht – hier den ‚oberen Bereich‘ als gegeben angesehen hat“, obwohl „lediglich“ ein bedingter Vorsatz festgestellt werde³¹. Dies könnte auf eine erneute Meinungsänderung *des 4. Strafsenats* hindeuten, dass er nunmehr die grundsätzliche Schuldswere skala der Vorsatzformen – wieder³² – anerkennt. Wäre dies der Fall, würde nur noch der *1. Strafsenat* bei der Ablehnung einer grundsätzlichen Abstufung zwischen bedingtem und direktem Vorsatz bleiben.

1.2. Direkter Vorsatz als kein selbstständiger Strafschärfungsgrund

Aus der von den Strafsenaten des BGH mehrheitlich befürworteten Abstufung zwischen direktem und bedingtem Vorsatz könnte gefolgert werden, dass eine Tötung mit direktem Vorsatz grundsätzlich härter als eine mit bedingtem Vorsatz zu bestrafen sei. Im

²⁷ BGH, Beschl. v. 7.6.2017 – 4 ARs 22/16 (Rn. 3); BGH, Beschl. v. 27.7.2017 – 1 ARs 20/16, HRRS 2017, Nr. 860 (Rn. 2).

²⁸ Fn. 12, 13.

²⁹ Fn. 16, 21.

³⁰ Zusammenfassend BGH, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15 Rn. 22, 25.

³¹ BGH, Beschl. v. 27.2.2019 – 4 StR 419/18, HRRS 2019, Nr. 474 (Rn. 9).

³² Fn. 21.

Gegensatz dazu gingen bereits 1986 vier Strafsenate und im Jahr 2015, und zwar nur in diesem Jahr, alle Strafsenate des BGH davon aus, direkter Vorsatz sei als selbstständiger Strafschärfungsgrund ungeeignet – dass der 2. *Strafsenat* 2016 eine Meinungsänderung auslöste, wird erst in Abschnitt 1.3.4 bis 1.3.6 behandelt –. Zu diesem Ergebnis kamen sie vor allem über drei Argumentationslinien: (1) der Regelfall iVm dem Doppelverwertungsverbot; (2) eine Würdigung der Vorsatzformen im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters und (3) eine Einzelfallbetrachtung.

1.2.1. Argument von „Regelfall iVm Doppelverwertungsverbot“

Der 4. Strafsenat hat 1968 in einem versuchten Totschlagsfall eine Straferschwerung aufgrund des direkten Vorsatz für bedenklich gehalten. Zur Begründung führte er an: „Der Vorsatz ist schon Tatbestandsmerkmal des § 212 StGB und darf daher bei der Strafzumessung nicht noch einmal erschwerend berücksichtigt werden³³.“ Das ist wohl die erste BGH-Entscheidung, die eine Vorsatzabstufung, wenngleich nur implizit, mit der Rechtsfigur vom „Doppelverwertungsverbot“ zurückweist.

Den Begriff vom „Regelfall“ wird vom BGH seit den 1950er-Jahren als Maßstab für die Strafzumessung herangezogen³⁴. Dieser Begriff findet aber erst auf die Vorsatzformen Anwendung, seitdem *der 3. Strafsenat* 1977 den direkten Vorsatz als Regelfall des vorsätzlichen Totschlags (§ 212 StGB) eingestuft und mit dem Begriff vom „Doppelverwertungsverbot“ verbunden hat. Demzufolge habe der Strafraum des § 212 StGB bereits den Regelfall des vorsätzlichen Totschlags berücksichtigt. Bedenken bestünden daher gegen eine Strafschärfung allein aufgrund des direkten Tötungsvorsatzes. „Sie könnte als unzulässige Doppelbewertung von Strafzumessungstatsachen verstanden werden³⁵.“

Bis Februar 1978 hat *der 3. Strafsenat* in kurzen Zeitabständen insgesamt weitere drei Beschlüsse zur Vorsatzabstufung gefällt. Der erste davon bestätigt die letztgenannte Ansicht mit sehr ähnlicher Formulierung³⁶.

Im dritten Beschluss hat *der 3. Strafsenat* im Wesentlichen nur das Stichwort „Regelfall“ durch „Normalfall“ ersetzt: „Für die neue Verhandlung und Entscheidung wird darauf hingewiesen, dass einer strafschärfenden Verwertung des Umstands, dass der Angeklagte mit direktem Tötungsvorsatz gehandelt hat, Bedenken aus § 46 Abs. 3 StGB entgegenstehen, weil die Tötung mit direktem Vorsatz der Normalfall des Totschlags ist,

³³ BGH v. 28.6.1968.

³⁴ BGH, Urt. v. 10.11.1954 – 5 StR 476/54, BGHSt 1954, 28 (30); BGH, Beschl. v. 13.9.1976 – 3 StR 313/76, BGHSt, 2 (7).

³⁵ BGH, Beschl. v. 28.9.1977 – 3 StR 344/77 (Rn. 8).

³⁶ BGH, Beschl. v. 5.10.1977 – 3 StR 369/77 (Rn. 6).

auf den der Strafraumen des § 212 StGB abstellt³⁷.“

Der vierte Beschluss *des 3. Strafsenats* ging erstmals auf die Vorsatzabstufung ein; diesmal wurde der „Regelfall“ durch den „Durchschnittsfall“ abgelöst. Danach sei es dem Gericht zwar nicht verwehrt, aufgrund der geringeren Schuld des bedingten Vorsatzes dem direkt vorsätzlichen Täter eine höhere Strafe zuzumessen³⁸. „Doch wird es bei der Einordnung der konkreten Tat in den abstrakten Strafraumen des Gesetzes beachtet werden, dass der Gesetzgeber bei dessen Bestimmung für eine Vorsatztat den mit direktem Vorsatz handelnden Täter – gemessen an dem Durchschnitt der denkbaren Fälle der Tatbegehung – als einen Durchschnittsfall im Auge hatte. Danach wäre es rechtsfehlerhaft, bei der Strafzumessung innerhalb eines allein für Vorsatztäter bestimmten Strafraumens die Strafe für einen Täter schon deswegen dem obersten Bereich des Strafraumens zu entnehmen, weil dieser mit direktem Vorsatz gehandelt hat³⁹.“

1.2.2. Argument von „Würdigung im Zusammenhang mit Vorstellungen und Zielen“

Der 4. Strafsenat führte 1983 zunächst in zwei Fällen das Argument von „Regelfall iVm Doppelverwertungsverbot“ *des 3. Strafsenats* an. Dabei handelte es sich um einen Totschlag (§ 212 StGB) und einen Verdeckungsmord (§ 211 StGB). Die beiden Beschlüsse sind davon ausgegangen, dass die Verwirklichung der Verdeckungsabsicht in der Regel nur durch den Tod des Opfers, also nur in Verbindung mit einem direkten Tötungsvorsatz, möglich sei. Damit dürfe das Tatgericht „gemäß § 46 Abs. 3 StGB [...] den direkten Vorsatz bei der Strafzumessung nicht erneut zu Lasten des Angekl. verwerten⁴⁰.“

Im Januar 1984 hat *der 4. Strafsenat* aber dieses Argument weggelassen und lediglich den Schluss gezogen: „Allein die Tatsache, daß der Angeklagte ‚sämtliche der durch ihn verwirklichten Straftatbestände in der gesteigerten Vorsatzform des direkten, unbedingten Vorsatzes erfüllt hat‘, darf – jedenfalls in der Regel – nicht zu seinen Ungunsten berücksichtigt werden⁴¹.“ Im Februar 1984 hat der Senat ein neues Argument der Gesamtwürdigung vorgebracht:

„Die Vorsatzform besagt jedoch für sich genommen in der Regel nichts über das Ausmaß der Tatschuld. Eine bedingt vorsätzliche Tötung aus nichtigem Anlaß

³⁷ BGH, Beschl. v. 18.11.1977 – 3 StR 403/77 (Rn. 4).

³⁸ Bei Fn. 14.

³⁹ BGH, Beschl. v. 8.2.1978 – 3 StR 425/77 (Rn. 3).

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 27.10.1983 – 4 StR 620/83 (Rn. 4 f.); BGH, Beschl. v. 10.11.1983 – 4 StR 642/83 (Rn. 4).

⁴¹ BGH, Urt. v. 19.1.1984 – 4 StR 742/83 (Rn. 44).

oder zu verwerflichen Zwecken kann schwerer wiegen als eine mit direktem Vorsatz verübte Tat, die auf immer verständlichen Beweggründen beruht. Die Vorsatzform ist daher regelmäßig als selbstständige Strafzumessungstatsache ungeeignet [...]; sie bedarf der Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters⁴².“

1.2.3. Die sog. „Einzelfallbetrachtung“

Der 1. Strafsenat schloss sich zunächst 1984 der Auffassung sowohl *des 4. Strafsenats* von „Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen“ als auch *des 3. Strafsenats* vom „Regelfall iVm Doppelverwertungsverbot“ an und rügte, „auch der direkte Tötungsvorsatz, für sich allein als Straferschwerungsgrund gewertet, gebe zu Bedenken Anlaß⁴³.“ *Der 1. Strafsenat* hat 1992 seine eigene Argumentation dadurch entwickelt, dass er zunächst alle Auffassungen der Strafsenate nebeneinander stellte, ohne ihre Richtigkeit zu beurteilen, und dann auf eine Gesamtwürdigung des Einzelfalls abstellte: Die Meinungsverschiedenheit innerhalb der Rechtsprechung sei „insgesamt [...] dahin zu werten, dass der Richter bei der Strafzumessung sich nicht von formaler, schematischer Betrachtungsweise leiten lassen soll, sondern dass die Umstände des Einzelfalls zu würdigen sind⁴⁴.“

1.2.4. Wechselnde bzw. gemischte Argumente und Verwerfung von „Regelfall“

Besonders interessant bei der Begründung gegen eine Strafschärfung aufgrund des direkten Vorsatzes sind seit Mitte der 1980er-Jahre zum einen der Meinungsänderungen *des 3. und des 4. Strafsenates* des BGH und zum anderen der neuerliche Verzicht auf die Rechtsfigur des Regelfalls durch alle Strafsenate, die diesen Begriff verwendet haben.

Der 3. Strafsenat stimmte von 1984 bis 1990 mindesten dreimal dem Argument *des 4. Strafsenats* zu, die Vorsatzform – direkter Tötungsvorsatz in allen drei Fällen – sei „regelmäßig als selbstständige Strafzumessungstatsache ungeeignet“ und bedürfe „der Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters⁴⁵“. Indes griff er 1989 auf sein früheres Argument zurück, dass „die Heranziehung des direkten Tötungsvorsatzes als Strafschärfungsgrund gegen das Verbot der Doppelverwertung (§ 46 Abs. 3

⁴² BGH, Beschl. v. 15.2.1984 – 4 StR 51/84 (Rn. 8).

⁴³ BGH, Beschl. v. 5.4.1984 – 1 StR 128/84 (Rn. 4); BGH, Urt. v. 31.7.1984 – 1 StR 330/84 (Rn. 9).

⁴⁴ BGH, Urt. v. 11.2.1992 – 1 StR 708/91 (Rn. 4 f.).

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 29.8.1984 – 3 StR 353/84 (Rn. 2); BGH, Urt. v. 25.10.1989 – 3 StR 180/89 (Rn. 11); BGH, Beschl. v. 17.9.1990 – 3 StR 313/90 (Rn. 2).

StGB) verstoßen kann⁴⁶.“ Danach hat *der 3. Strafsenat* lange nicht mehr über die Strafschärfung aufgrund des direkten Vorsatzes entschieden. Er enthielt sich 2017 aber bewusst einer Stellungnahme zur Anwendbarkeit der von ihm vorgebrachten Begründung mit dem Regelfall und dem Doppelverwertungsverbot auf einen Teil des Fragebereichs, d. h. das sichere Wissen. So führte *der 3. Strafsenat* aus: „Nach Auffassung des Senats stellt jedenfalls die Tötungsabsicht nicht den ‚normativen Regelfall‘ eines Tötungsdelikts dar⁴⁷.“ „Ob die strafscharfende Berücksichtigung des *dolus directus* 2. Grades unter dem Gesichtspunkt des ‚normativen Regelfalls‘ das Doppelverwertungsverbot gemäß § 46 Abs. StGB verletzt, braucht der Senat vorliegend nicht zu entscheiden⁴⁸.“

Der 4. Strafsenat verwies seinerseits von 1988, abweichend von seiner Begründung im Jahr 1984⁴⁹, mehrfach darauf, es verstoße gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB, wenn das Tatgericht strafscharfend auf den direkten Tötungsvorsatz beim Totschlag (§ 212 StGB) oder Mord (§ 211 StGB) abgestellt habe⁵⁰. 1998 bis 2009 erklärte er dies ferner damit, dass der Regelfall dieser Tatbestände „die Tötung mit direktem Vorsatz ist⁵¹.“ *Der 4. Strafsenat* lehnte allerdings 2017 den Begriff des Regelfalls ausdrücklich ab, redete nicht mehr vom Doppelverwertungsverbot und machte stattdessen vom eigenen Maßstab aus dem Jahr 1984 Gebrauch: „[B]ei der Strafzumessung überhaupt kann der Tatrichter nicht von einem normativen Normalfall ausgehen.“ „Die einzelnen Vorsatzformen [...] bedürfen stets einer Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters⁵².“

Hinsichtlich der Strafschärfung aufgrund des direkten Vorsatzes gilt *der 2. Strafsenat* als der treueste Anhänger des Arguments vom Doppelverwertungsverbot. Als er sich 1986 erstmals dazu äußerte, fasste er es noch kurz: „Bei der neu vorzunehmenden Strafzumessung wird im Übrigen zu beachten sein, dass es nicht angängig ist, den direkten Tötungsvorsatz als solchen straferschwerend zu werte⁵³.“ In einem Beschluss von 1989 ist er unter Rekurs auf den „Regelfall“ zu dem Ergebnis gekommen, rechtsfehlerhaft sei die Erwägung, den direkten Tötungsvorsatz strafscharfend zu werten. *Der 2. Strafsenat* hat

⁴⁶ BGH, Beschl. v. 13.12.1989 – 3 StR 430/89 (Rn. 4).

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 7.3.2017 – 3 ARs 21/16, HRRS 2017, Nr. 733 (Rn. 12).

⁴⁸ BGH, a.a.O., Rn. 13.

⁴⁹ Bei Fn. 42.

⁵⁰ BGH, Beschl. v. 26.4.1988 – 4 StR 157/88 (Rn. 6).

⁵¹ BGH, Beschl. v. 30.7.1998 – 4 StR 346/98 (Rn. 4); BGH, Beschl. v. 3.2.2004 – 4 StR 403/03 (Rn. 4); BGH, Urt. v. 14.8.2008 – 4 StR 223/08, HRRS 2008, Nr. 872 (Rn. 10); BGH, Beschl. v. 19.3.2009 – 4 StR 53/09, HRRS 2009, Nr. 453 (Rn. 6).

⁵² BGH, Beschl. v. 7.6.2017 – 4 ARs 22/16 (Rn. 3).

⁵³ BGH, Beschl. v. 24.1.1986 – 2 StR 736/85 (Rn. 9).

dabei die Formulierung geprägt, die *der 4. Strafsenat*⁵⁴ einst gerne angeführt hat: „Der Tatbestand des Totschlags setzt vorsätzliche Tatbegehung voraus, deren Regelfall die Tötung mit direktem Vorsatz ist. Der Umstand, daß der Angeklagte mit direktem Vorsatz gehandelt hat, darf daher als solcher nicht straferschwerend berücksichtigt werden⁵⁵.“ *Der 2. Strafsenat* hat hier das Argument, direkter Tötungsvorsatz dürfe im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters als Strafschärfungsgrund angesehen werden, unter Verweis auf das Urteil *des 3. Strafsenats* von 1989⁵⁶, obwohl dieses Argument eigentlich vom *4. Strafsenat* 1984 stammte⁵⁷, als „insbesondere fraglich“ bezeichnete⁵⁸. Im Jahr 1992 verknüpfte *der 2. Strafsenat* die Wendung des Regelfalls mit der des Doppelverwertungsverbots und kam unter Wiedergabe seines Arguments von 1989 zu dem Schluss, dass die strafschärfende Bewertung des direkten Tötungsvorsatzes „einen Verstoß gegen § 46 Abs. 3 StGB besorgen“ lasse⁵⁹. Die Kombination von Regelfall (bzw. „Normalfall“) und Doppelverwertungsverbot vertrat *der 2. Strafsenat* eine Weile⁶⁰, wobei er 2012 eine Einschränkung hinzufügte, dass jene Bewertung diesen Rechtsfehler nur „in der Regel“ – also nicht immer – erfülle⁶¹.

Jüngst im Jahr 2016 hat *der 2. Strafsenat* bei der Vorsatzabstufung den Begriff vom „Regelfall“ ausdrücklich verworfen, indem er die Begründung, „dass es sich in beiden Spielarten des *dolus directus* [...] um den ‚Regelfall‘ des Totschlags im Sinne des § 212 StGB handele“, deshalb für „zweifelhaft“ hielt, weil nach der „praktischen Erfahrung [...] in der überwiegenden Zahl der Fälle bedingter Vorsatz [...] festgestellt wird⁶².“ Seitdem wird vom *2. Strafsenat* zu diesem Thema die Figur des Regelfalls nicht mehr vertreten, sondern die Ansicht, „dass es ‚in der Regel‘ gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB verst[ößt], wenn der Tatrichter das Vorliegen direkten Tötungsvorsatzes straferschwerend bewerte[t]⁶³.“ Zu beachten ist, dass *der 2. Strafsenat* im selben Beschluss zur Beurteilung der Ausnahmefälle, bei denen der direkte Tötungsvorsatz doch straferschwerend bewertet werden darf, darauf – ähnlich wie *der 4. Strafsenat* seit 1984 – abgestellt, „die Vorsatzformen stets im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen

⁵⁴ BGH, Ur. v. 14.8.2008 – 4 StR 223/08, HRRS 2008, Nr. 872 (Rn. 10); BGH, Beschl. v. 30.7.1998 – 4 StR 346/98 (Rn. 4).

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 1.12.1989 – 2 StR 555/ 89 (Rn. 2).

⁵⁶ Bei Fn. 45.

⁵⁷ Bei Fn. 42.

⁵⁸ BGH, a.a.O., Rn. 3.

⁵⁹ BGH, Beschl. v. 23.10.1992 – 2 StR 483/92 (S. 2).

⁶⁰ BGH, Beschl. v. 13.9.2000 – 2 StR 358/00 Rn. 3, 8; BGH, Beschl. v. 28.6.2012 – 2 StR 61/12.

⁶¹ BGH, Beschl. v. 28.6.2012 – 2 StR 61/12.

⁶² BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 32).

⁶³ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 5); BGH, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15 (Rn. 6).

des Täters und seinen Handlungsmotiven zu würdigen⁶⁴.“

Der 5. Strafsenat spricht erst spät die Problematik der strafschärfenden Berücksichtigung vom direkten Tötungsvorsatz an. Er folgte 2015 zunächst der Argumentation vom Regelfall und Doppelverwertungsverbot, insbesondere der Formulierung *des 2. Strafsenats* aus dem Jahr 1989⁶⁵: Die Erwägung, direkten Tötungsvorsatz strafschärfend zu werten, „verstößt gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB. Der Tatbestand des Totschlags setzt vorsätzliche Tatbegehung voraus, deren normativer Regelfall die Tötung mit direktem Vorsatz ist. Der Umstand, dass der Angeklagte mit direktem Vorsatz gehandelt hat, darf daher als solcher nicht straferschwerend berücksichtigt werden⁶⁶.“ Im Jahr 2017 hat *der 5. Strafsenat* jedoch entschieden, sich der eben genannten Ansicht *des 2. Strafsenats* von 2016 anzuschließen und eigene Rechtsprechung aufzugeben, soweit sie jener Ansicht entgegenstehen sollte⁶⁷. Demgemäß müsste *der 5. Strafsenat* heute ebenfalls zu den Anhängern gehören, die eine Einstufung vom direkten Vorsatz als Regelfall der vorsätzlichen Tötung bezweifeln, eine Strafschärfung aufgrund des direkten Tötungsvorsatzes wegen des Doppelverwertungsverbots grundsätzlich für unzulässig halten und die Bewertung des direkten Tötungsvorsatzes auf eine Gesamtwürdigung abstellen.

1.2.5. Begründungslücke der neuen Rechtsprechung

Es stellt sich auf der einen Seite heraus, dass nach einer jahrzehntelangen Entwicklung der Rechtsprechung alle Strafsenate des BGH heute der Ansicht sind, (a) der direkte (Tötungs-)Vorsatz sei in der Regel als selbstständiger Strafschärfungsgrund ungeeignet. Zur Begründung der Ausnahmefälle bedürfe es *dem 1. Strafsenat* zufolge einer Einzelfallbetrachtung und den anderen Strafsenaten zufolge einer Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters. (b) Dabei sehen *der 2.*, *der 4.* und *der 5. Strafsenat* den direkten Tötungsvorsatz nicht mehr als Regelfall der vorsätzlichen Tötung an und *der 3. Strafsenat* hat diese Frage ausdrücklich offengelassen. (c) Auf der anderen Seite teilen heute *der 2.*, *der 3.* und *der 5.* – vielleicht auch *der 4.* – *Strafsenat* die Auffassung, es bestehe eine grundsätzliche Schuldschwereskala der Vorsatzformen, der zufolge direkter Vorsatz schwerer als bedingter Vorsatz wiege⁶⁸.

⁶⁴ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 27); zu Ausnahmefällen bei Fn. 97.

⁶⁵ Bei Fn. 55.

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 14.10.2015 – 5 StR 355/15 (Rn. 3).

⁶⁷ BGH, Beschl. v. 23.2.2017 – 5 ARs 57/16 (S. 391).

⁶⁸ So *der 2. Strafsenat* des BGH bei Fn. 23 und 63; *der 3. Strafsenat* bei Fn. 25, 47–48; *der 4. Strafsenat* bei Fn. 31 und 52; *der 5. Strafsenat* bei Fn. 26, 256–67.

Mit dem Wegfall des Regelfalls als Begründungsstrangs wird die Einordnung der Taten mit unterschiedlichen Vorsatzformen in den abstrakten Strafraumen aber problematisch. Die Vereinbarkeit der einheitlichen Rechtsprechung („a“) mit der verbreiteten Ansicht („c“) lässt sich infolgedessen nur schwer begründen. Als *der 2.*, *der 3.*, *der 4.* und *der 5. Strafsenat* den direkten Vorsatz noch als Regelfall des Tötungsvorsatzes ansahen, hätte der Widerspruch zwischen Ansichten „a“ und „c“ wohl durch den 2009 vom 4. *Strafsenat* vorgebrachten Grundsatz, „dass im Verhältnis zu dem gesetzlichen Regelfall einer Tötung mit bedingtem Vorsatz eine geringere Tatschwere zukommt, nicht aber eine Tötung mit direktem Vorsatz einen gesteigerten Unrechtsgehalt aufweist⁶⁹“, auflösen können. Demzufolge soll eine Strafmilderung bei bedingtem Tötungsvorsatz im Verhältnis zu direktem Tötungsvorsatz als Regelfall angenommen werden. Dieser Grundsatz ist bereits 1978 in einem Beschluss *des 3. Strafsenats*⁷⁰ ansatzweise zu findenden, wenngleich er 2001 dem entgegenhielt, dass auch der bedingte Tötungsvorsatz „nur im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters eine taugliche Beurteilungsgrundlage“ für eine Strafmilderung bilde⁷¹.“

Mit dem Weglassen der Figur des Regelfalls als Begründungsstrang weiß man jedoch nicht mehr, welche Vorsatzform als Vergleichsbasis dienen soll, der ein normales oder regelmäßiges Strafmaß zusteht. Womit können dann *der 2.* und *der 5. Strafsenat* das Doppelverwertungsverbot der Strafschärfung aufgrund des direkten Vorsatzes begründen, wenn der direkte Vorsatz keinen Regelfall mehr darstellt? Soll nunmehr anstatt des direkten Vorsatzes der bedingte Vorsatz als Vergleichsbasis gelten, dann müssten infolge der grundsätzlichen Schuldschwereskala („c“) das Handeln mit direktem Vorsatz härter als das mit bedingtem bestraft werden, so ließe sich die einheitliche Rechtsprechung („a“), direkter (Tötungs-)Vorsatz als kein selbstständiger Strafschärfungsgrund, nicht aufrechterhalten. Auf die zuletzt genannte Möglichkeit des bedingten Vorsatzes als Vergleichsbasis deutet *der 2. Strafsenat* bereit hin, wenn *er* im genannten Beschluss von 2016 auf die Regelmäßigkeit des bedingten Vorsatzes verwies⁷² und neulich ihn als „notwendige Vorsatzform“ bezeichnet⁷³. Nach der h. M. hinsichtlich des § 46 Abs. 3 StGB wird eben nur die doppelte Verwertung des „gesetzliche Minimums⁷⁴“ verboten, nicht aber die Verwertung der „quantitative[n] oder qualitative[n] Abstufungen bei der Tatbestandsverwirklichung

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 19.3.2009 – 4 StR 53/09, HRRS 2009, Nr. 453 (Rn. 6).

⁷⁰ Bei Fn. 38–39.

⁷¹ BGH, Urt. v. 28.3.2001 – 3 StR 463/00 (Rn. 6).

⁷² Bei Fn. 62.

⁷³ BGH, Beschl. v. 31.10.2018 – 2 StR 371/18, HRRS 2019, Nr. 183 (Rn. 3).

⁷⁴ Meier, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 229; näher bei Fn. 243.

[...], die über die Vollendung des Tatbestands hinausgehen⁷⁵.“ Es bleibt also abzuwarten, ob die anderen Strafsenate des BGH dieser Ansicht folgen und welche der genannten Ansichten („a“ oder „c“) sich dann durchsetzen kann.

1.3. Abstufung zwischen sicherem Wissen und Absicht

Da es nach der h. M. drei Vorsatzformen gibt⁷⁶, ist bei der Problematik der Strafzumessungsrelevanz von Vorsatzformen denkbar, auch zwischen den beiden Arten des direkten Vorsatzes, d. h. zwischen *dolus directus* 1. Grades (Absicht) und *dolus directus* 2. Grades (sicherem Wissen, auch als Wissentlichkeit), abzustufen. Damit beschäftigen sich die Strafsenate des BGH häufig. Auf diese Entscheidungen ist im folgenden Unterabschnitt einzugehen.

Aussagen diesbezüglich gibt es implizite und explizite. In manchen der bisher angeführten Entscheidungen des BGH ging es eigentlich um die Vorsatzform der Absicht. Daher können diese Entscheidungen auf das Nichtvorliegen einer Abstufung zwischen sicherem Wissen und der Absicht hindeuten, wenn ihre Ausführung – einerlei, ob sie für oder gegen eine solche Abstufung spricht – aber nicht näher zwischen den beiden Vorsatzarten differenzieren. Auf der anderen Seite fehlt es nicht an Entscheidungen des BGH, die sich ausdrücklich mit der Strafschärfung aufgrund der Absicht befassen. So wie es bei der Abstufung zwischen bedingtem und direktem Vorsatz der Fall ist, lassen sich die Argumente zur Abstufung zwischen den beiden Art des direkten Vorsatzes auch in Begründungsmustern von „Regelfall iVm Doppelverwertungsverbot“ und „Einzelfallbetrachtung bzw. Gesamtwürdigung“ einteilen.

1.3.1. Argument von „Regelfall iVm Doppelverwertungsverbot“

Als Beispiel für die implizite Ablehnung einer Abstufung zwischen Absicht und sicherem Wissen dient ein Beschluss vom 3. Strafsenat von 1977, in dem er mit der Einordnung vom direkten Vorsatz als Regelfall der vorsätzlichen Tötung und dem Doppelverwertungsverbot gegen eine Strafschärfung aufgrund des direkten Vorsatzes sprach⁷⁷. Da dem Beschluss gerade eine Tötungsabsicht zugrunde liegt, lässt er sich dahin verstehen, dass beim Totschlag sowohl das sichere Wissen als auch die Absicht deshalb nicht als

⁷⁵ Schäfer/Sander/van Gemmeren, Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 694; näher bei Fn. 243.

⁷⁶ Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 297. Roxin, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 2; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 46. Aufl. (2016), Rn. 318–324; Kudlich, in: BeckOK-StGB, 34. Ed. (2017), § 15; Puppe, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 15, Rn. 105.

⁷⁷ BGH, Beschl. v. 5.10.1977 – 3 StR 369/77 (Rn. 2); vgl. bei Fn. 36.

selbstständigen Strafschärfungsgrund herangezogen werden dürfen, weil sie beide der Regelfall der vorsätzlichen Tötung sind. Dem Beschluss *des 4. Strafsenats* von 1998, in dem er mit der Begründung vom „Regelfalls iVm Doppelverwertungsverbot“ gegen eine Strafschärfung aufgrund des direkten Vorsatzes spricht, liegt ebenfalls eine Tötungsabsicht zugrunde⁷⁸ und impliziert daher, dass es keine Abstufung zwischen Absicht und sicherem Wissen vorliegen würde.

Explizite Stellung zur Abstufung zwischen Absicht und sicherem Wissen bezog *der 4. Strafsenat* 2009⁷⁹, wenn er rügt: Das Landgericht habe maßgeblich auf die Tötungsabsicht des Täters abgestellt und dadurch „lediglich erneut zu Lasten des Angeklagten das Tatbestandsmerkmal des Tötungsvorsatzes“ verwertet. „Diese Erwägung begegnet unter dem Gesichtspunkt des Doppelverwertungsverbots (§ 46 Abs. 3 StGB) durchgreifenden rechtlichen Bedenken [...], zumal die Kammer offenbar Abstufungen innerhalb der Fälle direkten Vorsatzes vorgenommen [...] hat⁸⁰.“ Nach einem neueren Beschluss *des 1. Strafsenats* von 2015 verstoße beim Mordfall die ausdrückliche strafschärfende Wertung durch das Landgericht, „dass es dem Angeklagten unbedingt darauf angekommen sei, seine Ehefrau zu töten, und er nicht nur mit bedingtem Vorsatz gehandelt habe“, gegen das Doppelverwertungsverbot⁸¹.

Zur implizierten Stellungnahme zählt auch der Beschluss *des 5. Strafsenats* von 2015, in dem eine straferschwerende Berücksichtigung des direkten Tötungsvorsatzes angesichts des Regelfalls iVm Doppelverwertungsverbot für rechtsfehlerhaft hielt⁸². Er stützte sich dabei auf den eben genannten Beschluss *des 4. Strafsenats* von 2009 und den *des 1. Strafsenats* von 2015, obwohl der Begriff „Tötungsabsicht“ nicht zum Einsatz gekommen ist.

1.3.2. Argument von „Einzelfallbetrachtung“

Die Strafsenate des BGH stützten sich, wie bei der Abstufung zwischen bedingtem und direktem Vorsatz, explizit oder implizit auch auf ein anderes Argument gegen die Abstufung zwischen sicherem Wissen und der Absicht: die Einzelfallbetrachtung.

In einem Beschluss von 1981 unterschied *der 3. Strafsenat* zunächst bewusst zwischen direktem Vorsatz (sicherem Wissen), bei dem der Täter „eine sichere Folge seines

⁷⁸ BGH, Beschl. v. 30.7.1998 – 4 StR 346/98 (Rn. 4); vgl. bei Fn. 51; in dem Sinn OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.1.1990 – 2 Ss 412/89 - 155/89 II, MDR 1990, 564 (S. 564).

⁷⁹ BGH, Beschl. v. 19.3.2009 – 4 StR 53/09, HRRS 2009, Nr. 453 (Rn. 6); vgl. bei Fn. 21, 69.

⁸⁰ BGH, a.a.O., Rn. 4 f.

⁸¹ BGH, Beschl. v. 11.3.2015 – 1 StR 3/15 (Rn. 2).

⁸² Bei Fn. 66.

Tuns“ erkannt habe, und Tötungsabsicht, bei der der Tod des Opfers gerade das Ziel seines Handelns gewesen sei. Sodann verwies er darauf: „Eine für die Strafzumessung erhebliche [...] Schuldabstufung allein nach der Form des Vorsatzes gibt es bei § 212 StGB zwischen dem direkten Vorsatz und [...] ‚Tötungsabsicht‘ [...] jedoch nicht.“ Denn die beiden Arten vom Tötungsvorsatz ließen sich nicht durch die innere Beziehung – Wissen und Wollen – des Täters zum tatbestandsmäßigen Erfolg unterscheiden. Der Täter wisse „in dem einen wie in dem anderen Fall, daß er das Opfer durch seine Handlung, wie gewollt, notwendig tötet⁸³.“ „Daß er gerade den Tod des Opfers als Ziel seiner Handlung erstrebt, [...] deutet für sich allein auch nicht schlechthin auf eine besonders verwerfliche Gesinnung oder eine besondere Stärke seines verbrecherischen Willens hin.“ Die Unterscheidung zwischen Absicht und sicherem Wissen könne „bei richtigem Verständnis nur auf die Motivation des Täters hinweisen“, die zwar für die Strafzumessung von wesentlicher Bedeutung sei. „Wie sie sich dabei auswirkt, ob zu Gunsten oder zu Ungunsten des Täters, hängt aber jeweils von ihrer Art und den Umständen des Einzelfalls ab⁸⁴.“ Monate später bestätigte *der 3. Strafsenat* diese Ansicht. Die Erwägung des Landgerichts, im Vergleich zum direkten Tötungsvorsatz die Tötungsabsicht straferschwerend zu werten, sei „rechtsfehlerhaft, weil es eine für die Strafzumessung erhebliche Schuldabstufung allein nach der Form des Vorsatzes zwischen direktem Vorsatz und Tötungsabsicht nicht gibt⁸⁵.“

Als *der 1. Strafsenats* etwa in einem Urteil von 1992 auf eine Einzelfallbetrachtung abstellte und damit eine grundsätzliche Abstufung zwischen bedingtem und direktem Vorsatz ablehnte⁸⁶, differenzierte er mit dem Begriff „direktem Vorsatz“ nicht zwischen Absicht und sicherem Wissen. Das Urteil bezog sich auf eine Tötungsabsicht. Es implizierte eine Verneinung der grundsätzlichen Abstufung zwischen der Tötungsabsicht und bedingtem Tötungsvorsatz; damit auch eine Verneinung der grundsätzlichen Abstufung zwischen der Tötungsabsicht und sicherem Wissen um den Tod des Opfers, da es zwischen ihm und bedingtem Tötungsvorsatz ebenfalls keine grundsätzliche Abstufung geben soll.

Aus diesem und dem letzten Abschnitt lässt sich also zusammenfassen, dass bis 2015 mindestens drei Strafsenate des BGH, *der 1.*, *der 3.* und *der 4. Strafsenat*, gegen eine Abstufung zwischen der Absicht und sicherem Wissen ausgesprochen haben.

⁸³ BGH, Beschl. v. 13.5.1981 – 3 StR 126/81 (Rn. 2 f.); vgl. bei Fn. 15.

⁸⁴ BGH, a.a.O., Rn. 4.

⁸⁵ BGH, Beschl. v. 11.11.1981 – 3 StR 342/81 (Rn. 5).

⁸⁶ Bei Fn. 44.

1.3.3. Wende ab 2012

Der 2. Strafsenat des BGH hat zwar erst 2012 über die Abstufung zwischen der Absicht und sicherem Wissen entschieden, aber damit eine Wende der Rechtsprechung des BGH eingeleitet. Demnach verstößt eine Strafschärfung allein aufgrund des direkten Tötungsvorsatzes zwar in der Regel gegen das Doppelverwertungsverbot, weil diese Vorsatzform der Normalfall des § 212 StGB sei. „Dies gilt jedoch nicht, wenn der Täter [...] absichtlich einen Menschen tötet, er also nicht nur um den Todeseintritt sicher weiß, sondern es ihm vielmehr darauf ankommt⁸⁷.“

Der 4. Strafsenat zitierte 2016 die eben genannte Auffassung *des 2. Strafsenats* und die gegenläufige Auffassung *des 1. Strafsenats*⁸⁸, ließ aber ausdrücklich die Frage offen, ob die Absicht als die stärkste Vorsatzform gilt⁸⁹. Angesichts dessen, dass *der 4. Strafsenat* 1998 und 2009 eine strafschärfende Berücksichtigung der Tötungsabsicht eindeutig zurückwies⁹⁰, könnte diese offengelassene Frage eine Meinungsänderung signalisieren.

1.3.4. Anfragebeschluss *des 2. Strafsenats*

Gut einen Monat nach *dem 4. Strafsenat* hat *der 2. Strafsenat* ein Anfrageverfahren eingeleitet (§ 132 Abs. 3 GVG), um die Meinungsdivergenz zwischen den Strafsenaten in Bezug auf die Tötungsabsicht als Strafschärfungsgrund zu beseitigen. Dabei hat er seine Auffassung aus dem Jahr 2012 bestätigt und „beabsichtigt zu entscheiden, dass beim vorsätzlichen Tötungsdelikt die Feststellung von Tötungsabsicht zu Lasten des Angeklagten strafschärfend berücksichtigt werden kann⁹¹.“ Er stützt sich vor allem auf eine „grundsätzliche gesetzgeberische Anerkennung einer Schuldschwereskala im Bereich des subjektiven Tatbestands⁹².“ „Zwischen Absicht, Wissentlichkeit und bedingtem Vorsatz besteht ein strafzumessungsrelevanter Unterschied.“ „Das Handeln trotz sicherer Voraussicht des Erfolgeintritts erhöht das Handlungsunrecht gegenüber dem bedingt vorsätzlichen handelnden Täter, bleibt jedoch seinerseits hinter dem des absichtlich Handelnden, den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs erstrebenden Täters zurück⁹³.“

⁸⁷ BGH, Beschl. v. 28.6.2012 – 2 StR 61/12; die Literaturmeinungen dazu vgl. S. 29–31, 46.

⁸⁸ Bei Fn. 81.

⁸⁹ BGH, Beschl. v. 26.4.2016 – 4 StR 104/16.

⁹⁰ Bei Fn. 51.

⁹¹ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 6).

⁹² BGH, a.a.O., Rn. 22.

⁹³ BGH, a.a.O., Rn. 23.

Für die Abstufung zwischen Absicht und sicherem Wissen zitiert *der 2. Strafsenat* zitiert insbesondere die Begründung des § 17 E 1962: „Der Entwurf unterscheidet nach alledem scharf zwischen Absicht und Wissentlichkeit. [...] Die beiden verschiedenen Fälle werden jedoch regelmäßig an Strafwürdigkeit gleichkommen. [...] Es ist jedoch auf eine solche allgemeine Vorschrift verzichtet worden, weil die Gleichstellung von Absicht und Wissentlichkeit nicht immer passt⁹⁴.“ Der Senat führt unmittelbar nach dem letzten Zitat aus, dass solche Gleichstellung insbesondere nicht für Tötungsdelikte gelten soll, da die Tötungsabsicht „im besonderen Maße mit einem sozialen Unwerturteil belegt“ sei. Der Wille des mit Tötungsabsicht handelnden Täters stelle „eine höhere Gefahr für das geschützte Rechtsgut“ dar, weil er den Tod eines Dritten als Handlungsziel verfolge bzw. nach diesem strebe⁹⁵.

Zu beachten ist, dass *der 2. Strafsenat* des BGH hier nur einen Grundsatz der Strafschärfung wegen Tötungsabsicht anerkennen will, der Ausnahmen zulässt. Mit *dem 3. Strafsenat*⁹⁶ empfiehlt *der 2. Strafsenat* eine Einzelfallbeurteilung, „die Vorsatzform stets im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters und seinen Handlungsmotiven zu würdigen.“ Demnach könnte eine mit bedingtem Vorsatz begangene Tötung „– je nach den Umständen des Einzelfalls – eine höhere Tatschuld aufweisen“ als eine absichtliche oder wissentliche Tötung. Er hob aber hervor: „Die grundsätzliche Tauglichkeit der Strafzumessungstatsache Tötungsabsicht als Strafschärfungsgrund ist damit jedoch nicht in Frage gestellt⁹⁷.“

Darüber hinaus verstößt nach dem *2. Strafsenat* die strafschärfende Berücksichtigung der Tötungsabsicht nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, weil es den Tatrichter nicht daran hindere, im Rahmen der Strafzumessung den Ausprägungsgrad oder die konkrete Modalität eines steigerungsfähigen Tatbestandsmerkmals zu berücksichtigen⁹⁸. „Jedenfalls bei Tötungsabsicht handelt es sich gegenüber dem zur Tatbestandserfüllung hinreichenden bedingten Tötungsvorsatz um eine Schuldsteigerung, die den Unrechtsgehalt der Tat erhöht⁹⁹.“ Auch dem herkömmlichen Einwand, der die beiden Arten des direkten Vorsatzes als Regelfall des Totschlags einstuft und damit gleich schwer bestraft, hält *der 2. Strafsenat* zum einen entgegen, dass nach der praktischen Erfahrung in der überwiegenden Zahl der Fälle bedingter Vorsatz festgestellt werde. Es liege zum anderen nicht nahe,

⁹⁴ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 24); BT-Drucks. IV/650, S. 1–711.

⁹⁵ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 25).

⁹⁶ S. 61.

⁹⁷ BGH, a.a.O., Rn. 27; vgl. eigene Zusammenfassung des *2. Strafsenats* in BGH, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15 (Rn. 29).

⁹⁸ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 29).

⁹⁹ BGH, a.a.O., Rn. 31.

„die ganz unterschiedlichen Motivationslagen des direkten Vorsatzes [...] und der Absicht [...] zu einem einzigen ‚normativen Regelfall‘ zusammenzufassen¹⁰⁰.“

1.3.5. Antwortbeschlüsse der anderen Strafsenate

Alle anderen Strafsenate des BGH haben im Antwortbeschluss der Ansicht *des 2. Strafsenats* zugestimmt und entgegenstehende eigene Meinung aufgegeben¹⁰¹.

Der 5. Strafsenat des BGH teilte in seinem Antwortbeschluss einfach mit, er stimme der Rechtsansicht *des 2. Strafsenats* im Anfragebeschluss zu und gebe eigene Rechtsprechung namentlich im Beschluss von 2015¹⁰² auf, soweit sie der Anfrage entgegenstehen sollte¹⁰³.

Der 3. Strafsenat des BGH hat im Antwortbeschluss „dem im Tenor des Anfragebeschlusses formulierten Rechtssatz unter Aufgabe eigener entgegenstehender Rechtsprechung¹⁰⁴“ zugestimmt. Demnach könne im Einzelfall die Tötungsabsicht taugliches Kriterium für eine Strafschärfung sein¹⁰⁵, weil die kriminelle Intensität des Täterwillens beim *dolus directus* 1. Grades in der Regel am stärksten ausgeprägt sei. „Nach der Wertentscheidung des Gesetzgebers“, so erklärt der Senat, „haben die drei Vorsatzformen prinzipiell einen unterschiedlichen Schuldgehalt; die Schuldschwere steigert sich im Grundsatz vom *dolus eventualis* (bedingter Vorsatz) über den *dolus directus* 2. Grades (direkter Vorsatz in Form der ‚Wissentlichkeit‘) hin zum *dolus directus* 1. Grades (direkter Vorsatz in Form der Absicht)¹⁰⁶.“ Dass es im Einzelfall eine Tötung mit der Wissentlichkeit oder bedingtem Vorsatz in Verbindung mit weiteren Umständen zu einer höheren Strafe als eine absichtliche Tötung führen könne, „beseitigt nicht ihre grundsätzliche Tauglichkeit als Strafzumessungskriterium¹⁰⁷.“ Eine derartige Strafschärfung verletze deshalb in der Regel nicht das Doppelverwertungsverbot¹⁰⁸, da „sich aus dem *dolus directus* 1. Grades regelmäßig auf eine besondere, untypische kriminelle Intensität des Täterwillens schließen“ lasse. Darüber hinaus stelle „[n]ach Auffassung des Senats [...] jedenfalls die Tötungsabsicht nicht den ‚normativen Regelfall‘ eines vorsätzlichen Tötungsdelikts“ dar¹⁰⁹.

¹⁰⁰ BGH, a.a.O., Rn. 32.

¹⁰¹ Zusammenfassend BGH, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15 (Rn. 18–30); BGH, Beschl. v. 17.1.2018 – 2 StR 334/15, HRRS 2018, Nr. 504 (Rn. 25–27).

¹⁰² Bei Fn. 66.

¹⁰³ BGH, Beschl. v. 23.2.2017 – 5 ARs 57/16.

¹⁰⁴ BGH, Beschl. v. 7.3.2017 – 3 ARs 21/16, HRRS 2017, Nr. 733 Tenor.

¹⁰⁵ BGH, a.a.O., Rn. 5.

¹⁰⁶ BGH, a.a.O., Rn. 8.

¹⁰⁷ BGH, a.a.O., Rn. 9 f.

¹⁰⁸ BGH, a.a.O., Rn. 11.

¹⁰⁹ BGH, a.a.O., Rn. 12.

Der 4. Strafsenat des BGH ist in seinem Antwortbeschluss der Auffassung des anfragenden 2. Strafsenats beigetreten¹¹⁰. Er halte an entgegenstehender eigener Rechtsprechung, dass eine strafscharfende Berücksichtigung von Tötungsabsicht gegen das Doppelverwertungsverbot verstoße, nicht mehr fest¹¹¹. Er stimme der Auffassung des 2. Strafsenats aber nur insofern zu, als „beim vorsätzlichen Tötungsdelikt die Feststellung von Tötungsabsicht zu Lasten des Angeklagten strafscharfend berücksichtigt werden kann [Unterstreichung im Original]¹¹².“ Insbesondere sei der 4. Strafsenat „nicht der Ansicht, dass im Bereich des subjektiven Tatbestands eine vom Gesetzgeber grundsätzlich anerkannte Schuldschwereskala gilt und deshalb das Vorliegen von Tötungsabsicht schon für sich genommen regelmäßig einen Straferschweren Grund darstellt. Stattdessen kommt es auch hier auf den Einzelfall an¹¹³.“ Der Tatrichter könne „bei der Strafzumessung [...] nicht von einem normativen Normalfall ausgehen“, weil die Annahme dessen der Systematik des deutschen Strafrechts widersprechen würde. „Für die Bestimmung des subjektiven Handlungsunrechts“ träfen die einzelnen Vorsatzformen „– für sich genommen – keine unmittelbare Aussage. Sie bedürfen stets einer Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters¹¹⁴.“ Die Tötungsabsicht belege folglich „für sich allein noch nicht das Vorliegen einer besonders verwerflichen Gesinnung oder eine besondere Stärke seines verbrecherischen Willens.“ Eine isolierte Negativbewertung der Tötungsabsicht „würde zu einer Aufspaltung der Bewertung des an sich einheitlichen subjektiven Handlungsunrechts führen¹¹⁵.“ Die Tötungsabsicht für sich genommen dürfe nur dann als selbstständiger Strafschärfungsgrund herangezogen werden, „wenn es dem Täter auf die Herbeiführung des Todes um seiner selbst willen ankommt und keine weiteren relevanten Handlungsziele festgestellt werden können.“ Der Grund liege darin: „In diesem Fall nähert sich das subjektive Handlungsunrecht dem Mordmerkmal der Mordlust an¹¹⁶.“

Schließlich hat der 1. Strafsenat im Antwortbeschluss der Auffassung des anfragenden 2. Strafsenats „grundsätzlich“, d. h. insofern, zugestimmt, als „bei einem vorsätzlichen Tötungsdelikt die Feststellung von Tötungsabsicht zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt werden kann.“ Er bezweifelte aber die Strafschärfung aufgrund der Tötungsabsicht in undifferenzierter Betrachtungsweise¹¹⁷. „Entscheidend für die straf-

¹¹⁰ BGH, Beschl. v. 7.6.2017 – 4 ARs 22/16 Tenor.

¹¹¹ BGH, a.a.O., Rn. 1.

¹¹² BGH, a.a.O., Tenor.

¹¹³ BGH, a.a.O., Rn. 2.

¹¹⁴ BGH, a.a.O., Rn. 3.

¹¹⁵ BGH, a.a.O., Rn. 6.

¹¹⁶ BGH, a.a.O., Rn. 7.

¹¹⁷ BGH, Beschl. v. 27.7.2017 – 1 ARs 20/16, HRRS 2017, Nr. 860 (Rn. 1).

schärfende Berücksichtigung der Tötungsabsicht ist, ob dem Täter angesichts seiner Handlungsweise eine höhere Tatschuld vorzuwerfen ist, sei es im Sinne einer besonders verwerflichen Gesinnung oder einer besonderen Stärke des verbrecherischen Willens.“ „Das Tatgericht hat sich daher in den Urteilsgründen mit den Vorstellungen und Zielen des Täters auseinanderzusetzen und zu bewerten, ob ihm eine höhere Tatschuld vorzuwerfen ist. Ist dies der Fall, bestehen mit Blick auf § 46 Abs. 3 StGB keine Bedenken gegen die strafscharfende Berücksichtigung der Vorsatzform der Tötungsabsicht. Insoweit und unter dieser Maßgabe hält der Senat an etwaiger entgegenstehender eigener Rechtsprechung nicht mehr fest¹¹⁸.“

1.3.6. Zwischenergebnis

Im Rahmen des Anfrageverfahren stimmten *alle Strafsenate* des BGH darin überein, dass beim vorsätzlichen Tötungsdelikt die Tötungsabsicht strafscharfend berücksichtigt werden könne¹¹⁹. Im Einzelnen gibt es allerdings drei Auffassungen der Strafsenate im Hinblick darauf, unter welchen Voraussetzungen der Tatrichter dies rechtsfehlerfrei vornehmen darf. Während *der 2., der 3. und der 5. Strafsenat* Tötungsabsicht als grundsätzlichen Strafschärfungsgrund anerkennen, steht *der 1. Strafsenat* einer isolierten Bewertung der Tötungsabsicht gegenüber und verlangt eine Gesamtbetrachtung der Handlungsweise sowie der subjektiven Seite des Täters. Die Auffassung *des 4. Strafsenats* befindet sich dazwischen. Er geht – insofern wie *der 1. Strafsenat* – vom Grundsatz einer Gesamtbewertung des subjektiven Handlungsunrechts aus, für es die Vorsatzform lediglich einen unselbstständigen Teilaspekt darstellen soll. *Der 4. Strafsenat* erkennt aber letztlich eine Ausnahme an, bei der – insofern wie *der 2., der 3. und der 5. Strafsenat* – die Tötungsabsicht als solche strafscharfend bewertet werden dürfe, wenn der Tod des Opfers das einzige Handlungsziel sei¹²⁰.

Was die Strafsenate des BGH bei der Antwort auf den Anfragebeschluss eigentlich aufgegeben haben, lässt sich nur angesichts der Entwicklung ihrer Rechtsansicht seit den 1970er-Jahren ermitteln. Die im Antwortbeschluss *des 1. Strafsenats* angeführten Argumente mit der Einzelfallbetrachtung sowie dem § 46 Abs. 3 StGB (d. h. Doppelverwertungsverbot) hat er jeweils 1992 und 2015 vorgebracht¹²¹. Er hat also auf keinen eigenen

¹¹⁸ BGH, a.a.O., Rn. 2.

¹¹⁹ In den letzten zwei Abschnitten; zusammenfassend BGH, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15 (Rn. 18, 28); BGH, Beschl. v. 17.1.2018 – 2 StR 334/15, HRRS 2018, Nr. 504 (Rn. 25).

¹²⁰ Bei Fn. 97 (2 StR), 103 (5 StR), 107 (3 StR), 118 (1 StR) und 115–116 (4 StR); zusammenfassend BGH, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15 (Rn. 27); BGH, Beschl. v. 17.1.2018 – 2 StR 334/15, HRRS 2018, Nr. 504 (Rn. 26 f.).

¹²¹ Vgl. bei Fn. 86 und 118.

Maßstab verzichtet, wohl aber eine Beziehung zwischen den beiden Argumenten hergestellt: Früher hieß es, dass eine grundsätzliche Vorsatzabstufung gegen das Doppelverwertungsverbot oder die Einzelfallbetrachtung verstoße und deshalb unzulässig sei; nun könne eine Vorsatzabstufung als Ergebnis einer zutreffenden Einzelfallbetrachtung die Bedenken eines Doppelverwertungsverbots zerstreuen. Das würde aber bedeuten, dass eine (grundsätzliche oder auch nur einzelfallbezogene) Vorsatzabstufung weiterhin gegen § 46 Abs. 3 StGB verstoßen müsste, wenn sie den Umständen im Einzelfall nicht gerecht würde.

Der 3. Strafsenat lehnt im Antwortbeschluss zwar die allgemeine Gültigkeit des Begründungsmusters vom Regelfall iVm Doppelverwertungsverbot, den er Ende der 1970er-Jahre geprägt hat, für die Strafschärfung aufgrund der Tötungsabsicht ab. Bei der Einzelfallbetrachtung, auf die er seit Anfang der 1980er-Jahre abstellt, bleibt er aber. Der Unterschied liegt wohl in seinem Ergebnis aus der Einzelfallbetrachtung, das früher zu einer Verneinung der Abstufung zwischen sicherem Wissen und der Absicht tendierte, aber heute jene Abstufung grundsätzlich bejaht¹²². *Der 4. Strafsenat* gibt im Antwortbeschluss für den Fall des Todes des Opfers als einziges Handlungsziel seine frühere Ansicht auf, dass zwischen den beiden Arten des direkten Vorsatzes nicht abzustufen sei, und kennt im Gegenteil eine Strafschärfung aufgrund der Tötungsabsicht an¹²³. Für die weiteren Fälle des direkten Vorsatzes weist er nach wie vor eine solche Strafschärfung zurück. Zur Begründung dafür greift er aber auf eine für ihn neue Maßgabe, die Gesamtbewertung des subjektiven Handlungsunrechts im Einzelfall, zurück. An dem Begründungsmuster vom Regelfall iVm dem Doppelverwertungsverbot, das er seit 1983 häufig verwendete, hält er, wie *der 3. Strafsenat*, explizit nicht mehr fest¹²⁴. *Der 5. Strafsenat* schließlich verwirft im Antwortbeschluss dasselbe Begründungsmuster und vertritt seitdem die entgegenstehende Rechtsansicht, dass die Tötungsabsicht als solche doch straferschwerend bewertet werden dürfe¹²⁵.

Kurzgefasst: *der 1. Strafsenat* hat weder hinsichtlich des Ergebnisses noch bezüglich der Begründung etwas Neues angeboten. *Der 3. Strafsenat* ist unter Verzicht auf das eine seiner beiden Begründungsmuster und unter Wahrung des anderen zu einem grundsätzlich anderen Ergebnis als früher gekommen. *Der 4. und der 5. Strafsenat* sind mit einer anderen Begründung zu einem anderen Ergebnis gekommen.

¹²² Vgl. bei Fn. 84 und 105.

¹²³ Vgl. bei Fn. 78 und 79.

¹²⁴ Vgl. bei Fn. 111, 114.

¹²⁵ Vgl. bei Fn. 82 und 103.

1.4. Keine Strafschärfung bei sicherem Wissen „plus“ Absicht

Dem Beschluss des 3. Strafsenats von 1978 lag ein besonderer Tatumstand zugrunde: Das Tatgericht stellte fest, der Angeklagte habe „nicht nur den tatbestandsmäßigen Erfolg als notwendige Folge seines Handelns erkannt und hierin eingewilligt, ohne daß es ihm darauf angekommen wäre, sondern der Tod seiner geschiedenen Frau sei gerade das Ziel seines Handelns gewesen¹²⁶.“ Das heißt eine absichtliche Tötung mit sicherem Wissen um den Todeserfolg. Der 3. Strafsenat behandelte diesen Umstand – sicheres Wissen „plus“ Absicht – aber nicht anders als sicheres Wissen oder Absicht allein. Er stellte dabei, wie dargestellt auf eine Einzelfallbetrachtung ab: „Es lässt sich also nicht allgemein sagen, daß eine unbedingt vorsätzliche Tötung, die *zugleich* [Hervorhebung durch den Verfasser] ein vom Täter erstrebtes Ziel seines Handelns ist, sich schon deswegen vom Durchschnitt der mit direktem Vorsatz begangenen Verbrechen nach § 212 StGB abhebt¹²⁷.“

Im Nachhinein wurde die Kombination beider Arten direkten Vorsatzes lediglich in einem Beschluss von 1983, und zwar von demselben Strafsenat, besprochen, wobei er die obige Ansicht bestätigte¹²⁸. Die anderen Strafsenate des BGH haben sich bisher nicht dazu geäußert.

1.5. Argumente von Schuld und Unrecht

Bei näherer Betrachtung der Rechtsprechung des BGH zur Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen, einerlei, zu welchem Ergebnis sie im Einzelnen gekommen ist, lassen sich neben den Argumentationen von „Regelfall“, „Doppelverwertungsverbot“, „Einzelfallbetrachtung“ und „Würdigung im Zusammenhang mit Vorstellungen und Zielen des Täters“ auch andere Begründungen erkennen: die Schuld und das Unrecht.

Bereits in der ersten Entscheidung von 1953 zu dieser Problematik hat der 1. Strafsenat vom „Schuldvorwurf¹²⁹“ unterschiedlicher Vorsatzform gesprochen. Seitdem wird von verschiedenen Strafsenaten zur Begründung für die Vorsatzabstufung die „geringere Schuld¹³⁰“ oder der niedrigeren „Schuldgehalt¹³¹“ des bedingten Vorsatzes im Vergleich zum direkten Vorsatz angeführt. Jüngst haben etwa der 2. und der 3. Strafsenat von einer „Schuldschwereskala¹³²“ der Vorsatzformen gesprochen. Im Gegensatz dazu wird

¹²⁶ BGH, Beschl. v. 13.5.1981 – 3 StR 126/81 (Rn. 2).

¹²⁷ BGH, a.a.O., Rn. 4; vgl. bei Fn. 83 und 84.

¹²⁸ BGH, Beschl. v. 15.11.1983 – 3 StR 447/83 (Rn. 4).

¹²⁹ Bei Fn. 12.

¹³⁰ Bei Fn. 14 und 15.

¹³¹ Bei Fn. 20.

¹³² Bei Fn. 23, 92–95, 106.

auch von Anbeginn gegen die Strafschärfung aufgrund der Absicht oder gegen die Vorsatzabstufung überhaupt das Argument der Schuld vorgebracht, etwa dass „es eine für die Strafzumessung erhebliche Schuldabstufung allein nach der Form des Vorsatzes zwischen direkten Vorsatz und Tötungsabsicht nicht gibt¹³³“; „Die Vorsatzform besagt in der Regel nichts über das Ausmaß der Tatschuld¹³⁴“; „Ein direkter Vorsatz ist nicht notwendig Ausdruck einer erhöhten Schuld¹³⁵.“ Jüngst weist *der 4. Strafsenat* darauf hin, es bestehe keine „Schuldschwereskala“ der Vorsatzformen¹³⁶.

Der Begriff des Unrechts stellt zwar keine Neuheit für das Strafzumessungsrecht dar¹³⁷. Zur Frage der Vorsatzabstufung wird aber erst spät, seit 2009, das Argument des Unrechts angeführt. Sie wird etwa deswegen abgelehnt, weil im Verhältnis zu dem gesetzlichen Regelfall eine Tötung mit direktem Vorsatz keinen gesteigerten Unrechtsgehalt aufweise¹³⁸ oder die Vorsatzform in der Regel keine unmittelbare Aussage zum subjektiven Handlungsunrecht treffe¹³⁹. Dagegen wird die Vorsatzabstufung zum Teil deshalb bejaht, weil das sichere Wissen das Handlungsunrecht gegenüber dem bedingten Vorsatz erhöhe und die Tötungsabsicht den Unrechtsgehalt der Tat gegenüber dem sicheren Wissen nochmals erhöhe¹⁴⁰.

Da die Schuld und das Unrecht im Vergleich zu den anderen Argumenten enger mit dem Verbrechensaufbau verbunden sind, ist zu erwarten, dass sich Strafrechtler zur Vertiefung der Begründung für die Vorsatzabstufung intensiv mit den beiden beschäftigen; dafür steht ihnen ein breites Arsenal der Strafrechtsdogmatik zur Verfügung. Wie erfolgreich diese dogmatischen Argumente sind, ist in den nächsten Abschnitten zu sehen.

2. Literaturmeinungen

Zur Problematik der Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen folgt ein Teil der Literatur einfach der Rechtsprechung, während ein anderer Teil nur eine Übersicht über die Rechtsprechung bieten will. Noch einige andere Autoren versuchen aber, die Argumentation zu vertiefen oder andere Auffassungen zu entwickeln. In diesem Abschnitt werfen wir zunächst einen kurzen Blick auf die ersten zwei Arten der Literatur. Sodann wird

¹³³ Bei Fn. 85.

¹³⁴ Bei Fn. 16.

¹³⁵ *BGH*, Beschl. v. 13.12.1989 – 3 StR 430/89 (Rn. 4).

¹³⁶ Bei Fn. 113.

¹³⁷ Etwa *BGH*, Beschl. v. 27.11.1987 – 3 StR 519/87 (Rn. 3).

¹³⁸ Bei Fn. 21, 69.

¹³⁹ Bei Fn. 114–116.

¹⁴⁰ Bei Fn. 93 und 99.

der Schwerpunkt auf die Lehrmeinungen gelegt, die die Problematik gewissermaßen anders als die Rechtsprechung sehen.

2.1. Neutrale Rechtsprechungsberichte

Vor allem im Rechtsprechungsbericht der Zeitschriften fassen die Autoren aktuelle Entscheidungen des BGH zur Vorsatzabstufung zusammen, ohne sich dazu Stellung zu nehmen. So haben etwa *Mösl* 1984, *Müller* 1985 und *Detter* von 1990 bis 2009 jeweils über mehrere BGH-Entscheidungen ohne Anmerkung berichtet, die entweder mit den Begründungsmustern von „Regelfall“, „Doppelverwertungsverbot“, „Regelfall iVm Doppelverwertungsverbot“ oder „Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters“ die Eignung des direkten Vorsatzes als selbstständigen Strafschärfungsgrundes zurückgewiesen¹⁴¹. Jüngst berichten *Detter* und *Stree* über die neue Auffassung des 2. Strafsenats seit 2012, dass eine Strafschärfung aufgrund der Tötungsabsicht in der Regel zulässig sei und verstoße nicht gegen das Doppelverwertungsverbot¹⁴². Insofern, als diese Autoren keine Stellung zu den von ihnen dargestellten Ansichten des BGH genommen haben, werden sie auch in der nachfolgenden Diskussion nicht berücksichtigt.

2.2. Anhänger der Rechtsprechung

Manche Autoren schließen sich einfach der Auffassung des BGH über die Vorsatzabstufung bei der Strafzumessung an. Da aber die Strafsenate des BGH, wie dargestellt (→ Abschnitt 1), zu verschiedenen Zeiten verschiedene Auffassungen und Begründungsmuster vertreten haben, spiegeln manche Lehrmeinungen diese Wechselhaftigkeit auch wider.

¹⁴¹ *Mösl*, NSTZ 4 (1984), 158 (162) über BGH, Beschl. v. 15.11.1983 – 3 StR 447/83; BGH, Beschl. v. 27.10.1983 – 4 StR 620/83; BGH, Beschl. v. 10.11.1983 – 4 StR 642/83; *Müller*, NSTZ 5 (1985), 158 (161) über BGH, Beschl. v. 29.8.1984 – 3 StR 353/84; BGH, Beschl. v. 15.2.1984 – 4 StR 51/84; *Detter*, NSTZ 10 (1990), 173 (177) über BGH, Urt. v. 25.10.1989 – 3 StR 180/89; BGH, Beschl. v. 1.12.1989 – 2 StR 555/89; BGH, Beschl. v. 13.12.1989 – 3 StR 430/89; *Detter*, NSTZ 11 (1991), 272 (274) über BGH, Beschl. v. 17.9.1990 – 3 StR 313/90 (Rn. 2); *Detter*, NSTZ 21 (2001), 467 (274) über BGH, Urt. v. 28.3.2001 – 3 StR 463/00; *Detter*, Strafzumessungsrecht, 2009, S. 156 über BGH, Beschl. v. 23.10.1992 – 2 StR 483/92; BGH, Beschl. v. 19.3.2009 – 4 StR 53/09, HRRS 2009, Nr. 453. – Näher zu diesen Entscheidungen vgl. oben S. 11–15.

¹⁴² *Detter*, NSTZ 37 (2017), 624 (629); *Detter*, NSTZ 33 (2013), 390 (393); *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 46, Rn. 45a; *Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46, Rn. 45a; näher S. 21–23.

Beispielsweise war *Bruns* 1981 noch mit der damaligen Rechtsprechung des 1. und des 3. Strafsenats¹⁴³ davon ausgegangen, dass zum einen „die strafscharfende Heranziehung des direkten Vorsatzes im Vergleich zur Bewertung des bedingten Vorsatzes zulässig ist, insbesondere nicht gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB verstößt, sondern eine verwertbare subjektive Modalität der Tatbestandsverwirklichung darstellt¹⁴⁴.“ Zum anderen „kann man dem Ergebnis zustimmen“, dass der *dolus directus* 1. Grades nicht regelmäßig schwerer als der *dolus directus* 2. Grades wiege, weil die Tötungsabsicht für sich allein „nicht schlechthin auf eine besonders verwerfliche Willenskomponente Willens hindeute und beim *dolus directus* zweiten Grades „[...] ,der außertatbestandliche Zweck‘ keineswegs stets zugunsten des Täters spricht¹⁴⁵.“ Nachdem der 3. Strafsenat 1984 die vom 4. Strafsenat geäußerte gegenteilige Auffassung, wonach eine Strafschärfung aufgrund des direkten Tötungsvorsatzes regelmäßig unzulässig sei, angenommen hatte¹⁴⁶, lehnte *Bruns* mit ähnlichen Ausführungen wie die beiden Senate die Vorsatzabstufung ab¹⁴⁷: „Die Vorsatzvarianten als solche sagen in der Tat über die Strafwürdigkeit des Täters unmittelbar nichts aus, gewinnen nur insofern Bedeutung, als sie auf seine Motive verweisen, die sich aber mit den Vorsatzarten nicht decken. Deshalb läßt sich generell weder die mit direktem Vorsatz begangene Tötung schärfer, noch die mit (bloßem) Eventualdolus ausgeführte milder beurteilt [Hervorhebung hinzugefügt].“ An demselben Ort sprach *Bruns* zudem, ebenfalls unter Verwendung der Formulierung vom 3. Strafsenat¹⁴⁸, gegen eine Strafschärfung aufgrund Wissentlichkeit „plus“ Absicht im Verhältnis zum direkten Vorsatz, d. h. zur Wissentlichkeit allein bzw. Absicht allein.

Dagegen hält *Vogel* an der Rechtsansicht des 3. Strafsenats von 1981 fest, dass es eine strafzumessungsrelevante Wertdifferenz zwischen direktem und bedingtem Vorsatz geben soll. Eine vergleichbare Schuldabstufung zwischen der Absicht und dem sicheren Wissen gebe es hingegen nicht¹⁴⁹.

Die Abstufung zwischen der Absicht und sicherem Wissen in der Rechtsprechung des BGH von 1984 bis 2011 ist, wie gezeigt¹⁵⁰, ständig abgelehnt worden, bis der 2. Strafsenat 2012 eine andere Auffassung geäußerte. Daraufhin hat *Kühl* 2014 seiner Ausführung, „der direkte Tötungsvorsatz darf dem Täter [...] nicht nochmals angerechnet

¹⁴³ Bei Fn. 12. (1 StR); Fn. 35–39, 84 (3 StR).

¹⁴⁴ *Bruns*, JR 1981, 512 (513 Ziff. 3).

¹⁴⁵ *Bruns*, a.a.O., 514 Ziff. 4–5.

¹⁴⁶ Bei Fn. 42, 45, 17.

¹⁴⁷ *Bruns*, Strafzumessung, 2. Aufl. (1985), S. 214; vgl. auch *Fahl*, Regeltatbild, 1996, S. 154 Fn. 311.

¹⁴⁸ Bei Fn. 126–128.

¹⁴⁹ *Vogel*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 15, Rn. 77.

¹⁵⁰ S. 18–21.

werden“, eine Ausnahme hinzugefügt, es gelte „anders für Tötungsabsicht¹⁵¹“. *Miebach/Maier* und *Schneider* schließen sich sowohl dem Grundsatz *des 4. Strafsenats*, dass bedingter Vorsatz im Verhältnis zu direktem Vorsatz geringere Tatschwere zukomme¹⁵², und der neuen Ansicht *des 2. Strafsenats*, dass Tötungsabsicht ein legitimer Strafschärfungsgrund sein könne, an¹⁵³.

Heintschel-Heinegg folgt seit 2017, kurz nach dem Anfragebeschluss *des 2. Strafsenats*, der von jenem Senat aufgestellten Schuldschwereskala der Vorsatzformen beim Tötungsdelikt, der zufolge ein Handeln mit sicherem Wissen und ein mit Absicht erst recht die Tatschuld erhöhe, was für eine grundsätzliche Vorsatzabstufung bei der Strafzumessung ohne Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot sprechen soll. „Grundsätzlich“ heißt allerdings, dass eine Gesamtwürdigung der Vorsatzformen im Zusammenhang mit den Handlungsmotiven, Vorstellungen und Zielen des Täters geboten sei. „Deshalb kann der isolierte Hinweis auf die Vorsatzform im Einzelfall zur Beschreibung höherer Tatschuld revisionsrechtlich zu kurz greifen¹⁵⁴.“

Kett-Straub geht 2018 hinsichtlich der Abstufung zwischen der Absicht und sicherem Wissen des Totschlags mit *dem 2. Strafsenat* grundsätzlich davon aus, dass das „unbedingte Streben nach Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges“ Ausdruck stärkster krimineller Intensität sei. Damit sei Absicht grundsätzlich „die Vorsatzart, die das Vertrauen der Bevölkerung in die Normgeltung am nachhaltigsten erschüttert“, wenn weitere Umstände diesen Schluss nicht revidieren¹⁵⁵.

Es gibt auch gemischte Vorgehensweise. Für die grundlegende Frage der Vorsatzform als selbstständiges Strafzumessungskriterium folgen *Schäfer/Sander/van Gemmeren* vor allem dem Begründungsmuster der Rechtsprechung, „eine schematische Betrachtungsweise ist auch hier fehl am Platze“ und die Vorsatzform bedürfe „der Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters¹⁵⁶“. Sie verweisen zudem darauf, dass der BGH dasselbe Ergebnis in einigen Fällen mit den Figuren des Regelfalls und des Doppelverwertungsverbots begründe. Darüber, dass *der 2. Strafsenat* seit 2012 die Tötungsabsicht als solche als straferschwerend verwertet, berichten *Schäfer/Sander/van*

¹⁵¹ *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 46, Rn. 45; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. (2018), § 46, Rn. 45.

¹⁵² S. 9.

¹⁵³ *Miebach/Maier*, in: MK-StGB, 3. Aufl. (2016), § 46, Rn. 461; *Schneider*, in: MK-StGB, 3. Aufl. (2017), § 212, Rn. 86.

¹⁵⁴ *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, 34. Ed. (2017), § 46, Rn. 94, 106.1; *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, 43. Ed. (2019), § 46, Rn. 137.1.

¹⁵⁵ *Kett-Straub*, NStZ 38 (2018), 535 (537).

¹⁵⁶ Näher oben S. 12–15.

Gemmeren bloß, ohne sich damit auseinanderzusetzen¹⁵⁷.

2.3. Die präventiven Argumente

Die frühe Phase der Diskussion über die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen, also Anfang der 1980er bis Anfang der 1990er-Jahre, war auch die Zeit, in der man sich leidenschaftlich über die Möglichkeit der Kriminalitätsprävention durch Strafe gestritten hat. Dementsprechend stellte *Frisch* als Erster 1983 ausdrücklich eine Lehre von der Vorsatzabstufung nach den positiv-generalpräventiven und spezialpräventiven Erwägungen auf. Ausgehend von der Vorsatzlehre *Schünemanns*, die er 1985 skizzierte hatte und bis 1999 intensiv weiterentwickelte, könnte das voluntative Element des Vorsatzes aus den beiden generalpräventiven Perspektiven Bedürfnissen abgestuft werden. Das würde auf eine Vorsatzabstufung nach den generalpräventiven Erwägungen hindeuten, obwohl *Schünemann* selbst dies nicht zum Gegenstand seiner Untersuchung gemacht hatte. Eine Vorsatzabstufung nach der negativen Generalprävention lässt sich zudem aus den Vorsatzlehren von *Adams/Shavell* und *Frisch* ableiten, wenn auch *Adams/Shavell* ebenfalls nur über die Differenzierung zwischen dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit diskutieren und *Frisch* die Eignung der negativen Generalprävention als Straf- und Strafzumessungszweck zurückweist.

Da die negative Generalprävention, die positive Generalprävention und die Spezialprävention die Hauptthemen von Kapitel 3 und Kapitel 4 darstellen, wird der genaue Inhalt der Lehren, die explizite oder implizite Aussagen über die Vorsatzabstufung unter diesen Gesichtspunkten enthalten, erst im einschlägigen Kapitel aufgearbeitet. Der restliche Teil des vorliegenden Kapitels befasst sich vor allem mit den Argumenten aus Regelfall, Gesamtwürdigung, Unrecht und Schuld.

2.4. Die Argumente von „Regelfall“ und „Gesamtwürdigung“

In der Literatur wird das Argument, dass direkter Vorsatz der Regelfall des vorsätzlichen Delikts sei, abgesehen von den Anhängern der Rechtsprechung (→ Abschnitt 2.2), nur gelegentlich als selbstständiges Argument zur Vorsatzabstufung angeführt. Daraus werden jedoch unterschiedliche Ergebnisse gezogen.

¹⁵⁷ *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 618–618a; *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 5. Aufl. (2012), Rn. 618; *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 4. Aufl. (2008), Rn. 338.

Foth hat als Erster gegen das Regelfall-Argument des BGH gesprochen: „§ 212 StGB kennt keinen mit direktem Vorsatz begangenen Regelfall des Totschlags.“ Dennoch sah er Vorsatzform stets als tauglichen Strafzumessungsumstand an. Es stimme zwar, dass eine bedingt vorsätzliche Tötung Tat im Einzelfall als Ergebnis der Gesamtbetrachtung schwerer als eine mit direktem Vorsatz verübte Tat wiegen kann. Insofern sei die Ansicht des BGH auch richtig, dass die Vorsatzform „der Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters“ bedürfe. *Foth* warnte gleichzeitig aber davor, diese Überlegung dürfe nicht dazu führen, dass der Tatrichter sich immer mehr scheut, im Rahmen des gesamten Tatbildes „auch die Form des Vorsatzes für die Strafzumessung mit heranzuziehen und zu erwägen, daß der direkte Vorsatz als solcher schwerer wiegt als der bedingte“¹⁵⁸.

Fahl vertrat ausdrücklich eine dreistufige Schwereskala der Vorsatzformen, während andere Autoren davor, wie etwa *Bruns* (jedenfalls 1981), *Frisch*¹⁵⁹ und *Foth*, lediglich von einer zweistufigen Schwereskala ausgingen. *Fahl* sieht den direkten Vorsatz (gemeint ist nur sicheres Wissen) als „Regeltatbild eines Vorsatzdelikts“ an. Dabei handele es sich „also um einen Umstand, der zwar nicht notwendig und zwingend, aber doch so regelmäßiger- bzw. typischerweise mit der Tatbestandsverwirklichung verbunden ist, daß er von daher wertungsmäßig nicht zum Gegenstand der Strafzumessung gemacht werden kann, sondern als ‚neutral‘ ausscheidet. Wohl aber kann der Eventualvorsatz strafmildernd und die Absicht schärfend berücksichtigt werden“¹⁶⁰. Mit *Frisch* erklärte *Fahl* aber, das Regeltatbild müsse nicht „faktisch-statistisch regelmäßig“ sein, sondern „kann der »normative Normalfall« sein, der dem Gesetzgeber bei Schaffung des Tatbestandes vor Augen gestanden hat“¹⁶¹. In seiner neueren Anmerkung zum Anfragebeschluss des 2. Strafsenat bestätigt *Fahl* im Wesentlichen dieselbe Auffassung¹⁶².

Horn ist auch der Ansicht, dass direkter Vorsatz (gemeint ist doch die beiden Arten) die „Normalform des Vorsatzes“ sei und bedingter Vorsatz folglich „die minder schwere Vorsatzform.“ Zur Begründung verweist er aber auf „das Gewicht des Handlungsunrechts“, ohne die Gründe für die unterschiedliche Gewichtung zwischen dem Eventualvorsatz und dem *dolus directus* zu erklären¹⁶³.

¹⁵⁸ *Foth*, JR 1985 (398).

¹⁵⁹ Vgl. S. 30 (*Bruns*), 64–65, 129 (*Frisch*).

¹⁶⁰ *Fahl*, Regeltatbild, 1996, S. 154.

¹⁶¹ *Fahl*, Regeltatbild, 1996, S. 154 Fn. 316; *Fahl*, JR 2017, 387 (392); *Frisch*, GA 1989, 338 (360).

¹⁶² *Fahl*, JR 2017, 387 (392 f.).

¹⁶³ *Horn*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 111.

2.5. Die Schuldargumente

Nach Ansicht einiger Autoren spielt für die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen die Schuld eine entscheidende Rolle. Interessanterweise bringen diese sich widersprechende Ergebnisse hervor.

Lange vor der gegenwärtigen Diskussion über die Vorsatzabstufung, und zwar lange vor der Etablierung des *dolus eventualis* als eine Vorsatzform, hat *Bekker* 1859 bereits darauf hingewiesen, dass die Absicht bei den vorsätzlichen Delikten, die keine absichtliche Verübung voraussetzen, für die „Höhe der Schuld“ von Bedeutung sein könne. „Regelmäßig wird das Hinzutreten der auf den Erfolg zielenden Absicht [...] die Strafbarkeit erhöhen¹⁶⁴.“

Ähnlich verhält es sich bei *Puppe*, derzufolge die Absicht als Vorsatzform keine Bedeutung für die Schwere des Unrechts habe und „allenfalls bei der Schuld und bei der Strafzumessung nach § 46 Berücksichtigung finden¹⁶⁵“ könne. Das Gesinnungsmoment der Absicht, d. h. wenn der Täter einen tatbestandsmäßigen Erfolg zum Ziel seiner Handlung mache – kurz: „Erfolgsherbeiführungsabsicht“ –, könne „nicht als Unrechtsmerkmal fungieren, sondern nur als Schuldmerkmal“, das „in der Strafzumessung im Rahmen der Beweggründe und Ziele des Täters nach § 46 Abs. 2 straferschwerend zu berücksichtigen“ sei¹⁶⁶. Über die Bedeutung der Wissentlichkeit als Vorsatzform für das Unrecht, die Schuld und die Strafzumessung hat *Puppe* allerdings nicht diskutiert.

Zu beachten ist allerdings, dass *Puppe* 2010 und 2013 trotz der eben angeführten Ansicht jeweils im letzten Absatz der Kommentierung zu Vorsatzformen zu dem Ergebnis kam¹⁶⁷: „Die Formen des Vorsatzes bezeichnen auch nicht etwa verschiedene Grade des subjektiven Unrechts oder der Schuld, sie haben also nicht einmal in der Strafzumessung Bedeutung.“ Dieser Satz ist 2017 nicht mehr zu finden und es wird sogar der Zusatz hinzugefügt, dass sie „straferschwerend zu berücksichtigen“ seien. Diese Veränderungen besagen, dass *Puppe* die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen bewusst bejaht.

Im Gegensatz zu *Puppe* nehmen *Jescheck/Weigend* zwar einen Unrechtsunterschied der Vorsatzformen – konkret: einen geringeren Unrechtsgehalt beim bedingten Vorsatz als bei den beiden anderen Vorsatzarten – an, „weil der Erfolg hier weder angestrebt noch als

¹⁶⁴ *Bekker*, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, 1859, S. 327–328, 322.

¹⁶⁵ *Puppe*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 15, Rn. 80; *Puppe*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 15, Rn. 80; *Puppe*, in: NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 15, Rn. 80; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 66; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (41).

¹⁶⁶ *Puppe*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 15, Rn. 106; *Puppe*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 15, Rn. 106; *Puppe*, in: NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 15, Rn. 106.

¹⁶⁷ *Puppe*, in: NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 15, S. 114; *Puppe*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 15, Rn. 114.

sicher erkannt wird, sondern im Bewußtsein der Gefährdung des geschätzten Rechtsguts dem Lauf der Dinge überlassen bleibt¹⁶⁸.“ Die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzarten sei dennoch – wiederum entgegen *Puppe* – „zweifelhaft, da die Intensität des Willens zur Tatbestandsverwirklichung nicht notwendig mit der strafrechtsdogmatischen Einordnung des Vorsatzes verbunden ist.“ „Hinsichtlich der Beweggründe und Ziele“ könne also „der bedingte Vorsatz im Schuldgehalt der Absicht und dem direkten Vorsatz gleichgestellt werden¹⁶⁹.“

2.6. Die Unrechtsargumente

Andere stützen das Argument über die Vorsatzabstufung vielmehr auf die Rechtsfigur des Unrechts. Das konkrete Substrat für die Bestimmung des Unrechtsgehalts des Vorsatzes wird aber verschiedentlich in etwa der Tatherrschaft, der Bedrohlichkeit aus der Opferperspektive, der Verletzung bzw. Ablehnung des Anerkennungsverhältnisses, dem Grad der Zurechnung oder der Orientierung am Recht betrachtet.

2.6.1. Tatherrschaft als Substrat des Unrechts

Schünemann skizzierte 1985 eine Vorsatzlehre, derzufolge die kognitive Komponente des Vorsatzes (d. h. das Wissen) „dem Unrecht zuzurechnen“ sei und „nach ihrer Intensität in drei Stufen gegliedert werden“ könne. Die drei Stufen seien „das Fürmöglichhalten, das Fürwahrscheinlichhalten und die Gewißheit¹⁷⁰.“ Später, als man (wieder) heftig über die Lehre der Tatherrschaft – etwa der Organisationsherrschaft im Mauerschützen-Fall¹⁷¹ – debattierte, hat *Schünemann* das Telos des Wissensmoments (früher: das Unrecht) näher bestimmt: Beim Wissen gehe es „um die Vorsatzsetzung der Tatherrschaft“ bzw. „eine ausreichende Steuerungskapazität“, die das Wissen in unterschiedlicher Intensität, „vom sicheren Wissen über die Wahrscheinlichkeitsprognose bis zur Möglichkeitskenntnis“, vermitteln soll¹⁷².

Obwohl *Schünemann* hier lediglich zwischen dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit unterscheiden will und für den bedingten Vorsatz neben der Tatherrschaft noch auf eine

¹⁶⁸ Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 299.

¹⁶⁹ Jescheck/Weigend, a.a.O., S. 887–888, 300.

¹⁷⁰ *Schünemann*, GA 1985, 341 (364); zu *Schünemanns* Ausführung über das Telos und den Maßstab für das Wollenselement des Vorsatzes vgl. S. 63 und 65.

¹⁷¹ BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 1994, 218; zur Entwicklung vgl. *Roxin*, ZIS 2006, 293 (293).

¹⁷² *Schünemann*, Chengchi Law Review 50 (1994), 259 (269 f.); *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (372).

„rechtsgüterfeindliche Gesinnung“ abstellt, könnte dennoch daraus eine Vorsatzabstufung nach dem Grad der Tatherrschaft abgeleitet werden, dass ein wissentlicher Täter im Vergleich zu einem bedingt vorsätzlichen eine höhere Tatherrschaft über die Tatbestandsverwirklichung innehat und damit ein höheres Unrecht verwirklicht, auch wenn die beiden denselben Grad der Gleichgültigkeit gegenüber der Rechtsgutsverletzung zeigen. In der Literatur über die Tatherrschaft sprechen viele, namentlich *Roxin*, *Hoyer*, *Joecks* und *Frister*, dafür, dass ein höherer Grad des Wissens des Hintermanns um die Tatbestandsverwirklichung seine stärkere Tatherrschaft und sein höheres Unrecht als die und das des Vordermanns begründen könne¹⁷³.

2.6.2. Bedrohlichkeit aus der Opferperspektive als Substrat des Unrechts

Hörnle geht angesichts der „heute weitgehend unumstritten[en]“ Einordnung des Vorsatzes beim Unrecht davon aus, dass die Bedeutung der Vorsatzformen für die Strafzumessung, wenn überhaupt, in ihrem Einfluss auf das Ausmaß des Handlungsunrechts liegen soll¹⁷⁴. Als Maßstab für das Unrecht betrachtet *Hörnle* die *Opferperspektive*, derzufolge unter anderem die Intensität des Wollens des Täters eine Rolle für die Bedrohlichkeit der Situation spielen soll. „Das absichtliche, zielstrebig auf die Verletzung ausgegerichtete Handeln ist mit einem größeren Gefährdungs- und dadurch auch Bedrohungspotential verbunden.“ Das Opfer müsse damit rechnen, „dass ein zielstrebiges Täter eher geneigt ist, zur Erreichung seines Zieles alle verfügbaren Mittel einzusetzen und nötigenfalls auch mehrfach anzusetzen“. Dagegen stelle ein nur mit bedingtem Vorsatz gehandelte Täter „eine geringere Bedrohung“ dar, weil bei ihm „die Chance besteht, einem ersten Angriff entkommen zu können.“ Auf der anderen Seite sei das Ausmaß der Bedrohlichkeit beim sicherem Wissen aus der Opferperspektive nicht geringer als bei der Absicht. Das Opfer müsse hier zwar nicht mit der hartnäckigen Zielverfolgung rechnen. „Jedoch bedeutet sicheres Wissen um den Taterfolg, daß objektiv ein wesentlich größerer Gefahrengrad besteht, so daß aus der Perspektive des Opfers kein wesentlicher Unterschied zu der Situation bei Absicht festzustellen ist.“ Daraus zieht *Hörnle* die Bewertung des Handlungsunrechts: Bei direktem Vorsatz sei etwas höheres Handlungsunrecht anzunehmen als bei bedingtem Vorsatz. Die beiden Arten des direkten Vorsatzes (Absicht und sicheres Wissen) seien aber „in ihrem Unwertgehalt [...] vergleichbar¹⁷⁵.“

¹⁷³ Vgl. Kapitel 5: Abschnitt 2.1 (S. 205 ff.)

¹⁷⁴ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 260.

¹⁷⁵ *Hörnle*, a.a.O., S. 263; dazu *Hörnle*, in: *Frisch/von Hirsch/Albrecht* (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 99 (118); *Hörnle*, in: *Frisch* (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 113 (120).

2.6.3. Infragestellung des Rechts bzw. Ablehnung des Anerkennungsverhältnisses als Substrat des Unrechts

Frisch zufolge kommt für das Substrat des Unrechts „allein eines in Betracht: die in der Tat liegende Infragestellung des Rechts, der Abfall vom Recht, der die Geltung des Rechts in Frage stellt, der Norm Schaden zufügt¹⁷⁶.“ „Das Ausmaß der Nichtanerkennung des Rechts“ sei steigerungsfähig¹⁷⁷, und zwar auch aufgrund der Vorsatzformen. So argumentierte er bereits 1983 für eine erhöhte Bestrafung von Absicht und sicherem Wissen im Verhältnis zum *dolus eventualis*, neben anderen Gründen¹⁷⁸, damit, dass in den ersten beiden Vorsatzformen „die »Entscheidung des Täters gegen das Rechtsgut« [...] besonders evident ist¹⁷⁹.“ Jahre später führte er nur noch das Argument vom Unrecht aus, dass der absichtlicher Täter, der „auf Beseitigung oder Zerstörung von Rechtsgütern geradezu zielt, die Rechtsordnung fundamentaler und nachhaltiger in Frage stellt“ als der bedingt vorsätzliche Täter¹⁸⁰.

Nach *Kelker* sollen sich das Strafunrecht sowie seine Schwere an einer „Freiheitsverletzung im Sinne einer Verletzung des wechselseitigen Anerkennungsverhältnisses“ orientieren¹⁸¹. Dabei mache es einen Unterschied, „in welcher subjektiven Intensität sich der Schädiger gegen dieses Grundverhältnis gestellt hat, d. h. mit welcher Intensität die Maxime zum Unrecht verkehrt wird.“ Bei der Betrachtung des Vorsatzes komme es „darauf an, wie stark das Wollen des Täters auf die Herbeiführung des Erfolges gerichtet ist.“ „Je stärker er also die Freiheitsverletzung will, aus welchem Grund immer, umso massiver stellt er sich gegen die Anforderungen des wechselseitigen Anerkennungsverhältnisses.“ *Kelker* kommt danach zwar zu dem Ergebnis: „Die Unterschiede, das heißt die Steigerung der Intensität des Willens vom *dolus eventualis* hin zur Absicht, haben dabei unmittelbaren Einfluss auf das Maß des Unrechts, auch wenn die objektiv eingetretene Freiheitsverletzung jeweils gleich ist¹⁸².“ Daran lässt sich aber lediglich erkennen, dass die Absicht ein höheres Unrecht als der *dolus eventualis* aufweisen soll. Nicht ersichtlich ist aber die Einordnung des *dolus directus* 2. Grades (d. h. des sicheren Wissens).

Ausgehend von demselben Unrechtsverständnis wie *Kelker* bejaht *Grünwald* zum einen ebenfalls eine Unrechtserhöhung bei der Absicht im Vergleich zum Eventualvor-

¹⁷⁶ *Frisch*, in: FS Müller-Dietz, 2001, S. 237 (253).

¹⁷⁷ *Frisch*, a.a.O., S. 254.

¹⁷⁸ Näher S. 62–63, 64–65.

¹⁷⁹ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 498 f.

¹⁸⁰ *Frisch*, in: FG BGH, 2000, S. 269 (290)

¹⁸¹ *Kelker*, Legitimität von Gesinnungsmerkmalen, 2007, S. 418.

¹⁸² *Kelker*, a.a.O., S. 422.

satz, der als „Grundform des Vorsatzes anzusehen ist¹⁸³.“ „Denn ein Täter, der zielgerichtet eine Rechtsverletzung herbeiführt, negiert das Recht in einer fundamentaleren Weise als ein Täter, der die Verletzung des Rechts zwar voraussieht [...], der aber andererseits diese Rechtsverletzung nicht gerade erstrebt.“ „Die Missachtung des Rechts und die Negation des rechtlichen und freiheitlichen Zustands sind in der ersten Variante ungleich stärker ausgeprägt als in der zweiten, was für ein erhöhtes Handlungsunrecht spricht¹⁸⁴.“ Diese Begründung verknüpft sie mit der Aufgabe des Strafrechts als Schutz der „elementaren Freiheitsbereiche von Personen vor Eingriffen anderer“ sowie mit der Funktion der Strafe, „im Falle der Verletzung jener Freiheitssphären diese Verletzung des Rechts (wenngleich bloß symbolisch) wiederaufzuheben und damit zugleich den rechtlichen Zustand wiederherzustellen beziehungsweise manifest zu machen, dass das Recht (und nicht das Unrecht) gilt“. Da die absichtliche Rechtsverletzung eine „dedizierte und explizite Ablehnung des Rechts- oder Anerkennungsverhältnisses“ darstelle, werde der rechtliche Zustand durch sie „weitaus massiver beeinträchtigt und in Abrede gestellt als durch eine nicht beabsichtigte Verletzung.“ Die Annahme einer Unrechtssteigerung bei einer absichtlichen Rechtsverletzung gehe also mit der Aufgabe des Strafrechts konform¹⁸⁵.

Grünwald beantwortet zum anderen die Frage, ob auch bei der Wissentlichkeit im Verhältnis zum Eventualvorsatz eine Unrechtserhöhung anzunehmen sei, deutlicher als *Kelker*: Man dürfe davon ausgehen, dass ein mit sicherem Wissen um die Tatbestandsverwirklichung handelnder Täter „das Recht in einem stärkeren Maße für unbeachtlich hält und negiert (eben im sicheren Wissen um die Rechtsverletzung), als ein Täter, der lediglich die Möglichkeit der Tatbestandserfüllung sieht und damit (nur) erkennt, ggf. eine Rechtsverletzung herbeizuführen.“ „Eine Unrechtssteigerung bei Wissentlichkeit anzunehmen ist daher mit der Funktion des Strafrechts vereinbar.“ Die Unrechtssteigerung bei der Wissentlichkeit entspreche allerdings nicht der bei der Absicht, weil dort erstens der Wille des Täters, der „gerade auf die Realisierung des Tatbestands gerichtet“ sei, fehle. Zweiten liege die Differenz zwischen der Wissentlichkeit und dem Eventualvorsatz „lediglich in einem unterschiedlichen Wissensgrad; sie kann also denkbar subtil sein¹⁸⁶.“ Im Ergebnis wiege die Absicht im Hinblick auf das Handlungsunrecht grundsätzlich schwerer als die Wissentlichkeit, die Letztere ihrerseits grundsätzlich schwerer als der Eventualvorsatz. Dass im Einzelfall aufgrund weiteren Strafzumessungstatsachen zu anderen Bewertungen geführt werden könne, vermöge an dem Prinzip der unrechtssteigernden

¹⁸³ *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 154.

¹⁸⁴ *Grünwald*, a.a.O., S. 155.

¹⁸⁵ *Grünwald*, a.a.O., S. 156.

¹⁸⁶ *Grünwald*, a.a.O., S. 159 f.

Qualität der beiden Vorsatzarten aber nichts zu ändern¹⁸⁷.

2.6.4. Erfolgszurechnung als Substrat des Unrechts

In seiner Anmerkung zum Anfragebeschluss *des 2. Strafsenats* des BGH von 2016 spricht *sich Tomiak* auch für eine Unrechtsabstufung der Vorsatzformen aus. Er begründet die „höhere Strafwürdigkeit“ des Vorsatzes im Vergleich zur Fahrlässigkeit mit dem „höheren Grad an Zurechnung“, dass „ein stärker ausgeprägtes Wissen um die Deliktsverwirklichung [...] diese in einem höheren Maß als Werk des Täters erscheinen“ lasse. Dieselbe Begründung führt er für die Vorsatzabstufung nach dem Grad vom Wissen an. „Der Täter, der den Erfolgseintritt stärker voraussieht, verwirklicht in diesem Punkt höheres Unrecht.“ Hinzu komme als Maßstab die Intensität der Gleichgültigkeit vom Täter: „Sicheres Wissen um den Erfolgseintritt ist aber gravierender als das bloße Erkennen der Möglichkeit“, da schon das Letztere „das Urteil der Gleichgültigkeit verdienen“ könne, „noch gleichgültiger handelt aber der, der sicher davon ausgeht, das Delikt zu verwirklichen.“

Ähnlich soll es sich nach *Tomiak* bei der Absicht verhalten. „Dem Täter, der sich die Tatbestandsverwirklichung als Ziel setzt oder sie doch für den Fall seiner Zielerreichung als sicher geschehend einkalkuliert, lässt sich der Erfolg ebenso stark zurechnen wie demjenigen, der um die Tatbestandsverwirklichung sicher weiß.“ Dies erklärt *Tomiak* unter Verweis auf *Puppe*, dass in all diesen Fällen „der ‚Erfolg untrennbar mit dem Handlungsziel (...) verknüpft‘ und gerade deshalb die Erfolgszurechnung am stärksten. Dies führt zu einem höheren Handlungsunrecht, das im Rahmen der Strafzumessung [...] zu berücksichtigen ist¹⁸⁸.“ Dagegen bestehe „grundsätzlich kein Unterschied“ zwischen der Absicht und der Wissentlichkeit, da es hier wie dort um eine „sichere Verknüpfung der Handlung mit dem Erfolg“ gehe¹⁸⁹. *Tomiak* hält folglich der Ansicht *Grünwalds*, eine weitere Unrechtsdifferenzierung zwischen der Absicht und der Wissentlichkeit vor allem wegen des Fehlens eines „zielgerichteten Wollens“ im zweiten Fall vorzunehmen, explizit entgegen, es erscheine „nicht sinnvoll, die innere Einstellung des Täters [...] in den Vordergrund zu rücken.“ Die Absicht als „Motivlage des Täters“ gehöre zwar zu den Zielen sowie zur aus der Tat gesprochenen Gesinnung. „Aufgrund der Unterschiedlichkeit der vorstellbaren Motivationen wird man aber keine Regel dahingehend aufstellen könne, dass ein genereller Unterschied zwischen *dolus directus* 1. und 2. Grades besteht¹⁹⁰.“

¹⁸⁷ *Grünwald*, a.a.O., S. 157, 160.

¹⁸⁸ *Puppe*, GA 2006, 65 (70).

¹⁸⁹ *Tomiak*, HRRS 2017, 225 (228).

¹⁹⁰ *Tomiak*, a.a.O., S. 229.

2.7. Die Gesetzessystematik

Fahl, *Hörnle*, *Grünwald* und *Giannoulis* führen jeweils das Argument an, dass die Abstufung zwischen bedingtem Vorsatz und den beiden Arten des direkten Vorsatzes auch „durch eine strafrechtssystematische Betrachtung¹⁹¹“ gestützt werde, nämlich dass eine absichtliche und eine wissentliche schwere Körperverletzung gleich hart bestraft werden, während die Strafe für eine bedingt vorsätzliche schwere Körperverletzung milder ist (§ 226 I und II StGB). *Grünwald* zieht daraus die Folgerung: „Das Gesetz geht, wie etwa § 226 I und II StGB erkennen lassen, offenbar von einer Erhöhung des Unrechts bei der Wissentlichkeit aus im Vergleich zum Eventualvorsatz.¹⁹²“ *Giannoulis* macht zudem geltend: „Die differenzierte Behandlung des bedingten Vorsatzes lässt sich [...] verallgemeinern¹⁹³.“

Dem Argument der Gesetzessystematik folgt der 2. Strafsenat, in dem er im Anfragebeschluss zusätzlich zum § 226 mehrere Vorschriften (§§ 87 Abs. 1, 88 Abs. 1, 89, 90 Abs. 3, 90a Abs. 3, 90b Abs. 1, 145, 167a, 183a, 258 ff. StGB) nennt, die zeigen sollen, „dass nach der Wertentscheidung des Gesetzgebers diesen beiden Vorsatzformen [d. h. Absicht und Wissentlichkeit] ein höherer Schuldgehalt beizumessen ist als bedingt vorsätzlichem Handeln¹⁹⁴.“ Außerdem zitiert der Senat, wie gezeigt, die Begründung des § 17 E 1962, um weiter zwischen Absicht und sicherem Wissen abzustufen, sodass sich eine grundsätzliche dreistufige Schwereskala der drei Vorsatzformen ergebe¹⁹⁵.

2.8. Die „Intensität der Vorsatzelemente“

Einige Literaturmeinungen liefern klare Auskünfte über die Abstufung der beiden (kognitiven und voluntativen) Vorsatzelemente, obwohl sie nicht direkt die Vorsatzabstufung besprechen.

2.8.1. Der typologische Vorsatzbegriff *Schünemanns*

Schünemann stuft, wie dargestellt¹⁹⁶, das kognitive Element des Vorsatzes in drei Stufen der Intensität ein. Auch das voluntative Vorsatzelement stuft er in drei Stufen ein, auf diese in Kapitel 3: näher einzugehen sein wird¹⁹⁷. Hervorzuheben ist hier, dass nach

¹⁹¹ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 263; *Fahl*, Regeltatbild, 1996, S. 154.

¹⁹² *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 159.

¹⁹³ *Giannoulis*, Studien, 2014, S. 113.

¹⁹⁴ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 Rn. 18, 20.

¹⁹⁵ S. 22.

¹⁹⁶ S. 35.

¹⁹⁷ S. 63.

Schünemann die beiden Vorsatzelemente einander ergänzen könnten, d. h. „die weniger intensive Ausprägung eines Merkmals durch die intensivere Ausprägung eines anderen Merkmals quasi kompensiert werden kann“, was er seit 1994 als „typologischen Vorsatzbegriff“ bezeichnet. Zur Erfüllung des Vorsatzbegriffs genüge demgemäß die schwächste Ausprägung des einen Vorsatzelements (d. h. äußert geringe Erfolgswahrscheinlichkeit oder extreme Unerwünschtheit), wenn das andere Element in der stärksten (d. h. Absicht oder sicherem Wissen) oder mittleren Form (d. h. Gleichgültigkeit bzw. Für-Wahrscheinlich-Halten) ausgeprägt sei¹⁹⁸.

Schünemann plädierte 1985 zwar – *de lege ferenda* – für eine Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen, derzufolge die Absicht und das sichere Wissen schwerer als der *dolus eventualis* wiegen soll. Hinzu fügte er: „Alle die kognitiven und emotionalen Nuancen [...] können dann im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt und damit in ein quantitatives Verhältnis gebracht werden“, was schließlich „zu einer Verfeinerung des kriminalpolitischen Instrumentariums und zu mehr Gerechtigkeit beitragen kann“¹⁹⁹.“ Diese Meinung äußert er nachher auch bei der Weiterentwicklung des typologischen Vorsatzbegriffs nicht mehr. Man kann daher nicht davon ausgehen, dass *Schünemann* noch heute eine Vorsatzabstufung befürwortet. Das hindert jedenfalls nicht daran, dass man aus seiner frühen Lehre eine Vorsatzabstufung wie die folgende Tabelle ableitet:

Tabelle 1: Vorsatzabstufung nach dem „typologischen Vorsatzbegriff“ *Schünemanns*

		Wissen		
		Gewissheit	Wahrscheinlichkeit	Möglichkeit
Wollen	Erwünschtheit	Absicht + sicheres Wissen (1)	Absicht (2)	Absicht (3)
	Gleichgültigkeit	sicheres Wissen (2)	bedingter Vorsatz (4)	bedingter Vorsatz (5)
	Unerwünschtheit	sicheres Wissen (3)	bedingter Vorsatz (5)	bewusste Fahrlässigkeit

Die Meinung *Schünemanns* im Jahr 1985 lässt sich dahin interpretieren: Die in Tabelle 1 als Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 gekennzeichneten Kombinationen von Vorsatzelementen,

¹⁹⁸ *Schünemann*, GA 1985, 341 (364); *Schünemann*, Chengchi Law Review 50 (1994), 259 (270, 272); *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (372, 374).

¹⁹⁹ *Schünemann*, GA 1985, 341 (363).

also alle Varianten der Absicht und des sicheren Wissens, sind härter als die als Nr. 4 und Nr. 5 genannten, also all Varianten des bedingten Vorsatzes, zu bestrafen. Sollte sich ferner die Aussage *Schünemanns*, alle kognitiven und emotionalen Nuancen im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen, ernst genommen werden, müssten die Kombinationen eine fünf-stufige Skala von Nr. 1 als die schwerste Vorsatzform absteigend über Nr. 2, 3 und 4 bis zur Nr. 5 als die schwächste bilden. Die Kombination Nr. 1 sollte deshalb prinzipiell schwerer als die Nr. 2 wiegen, weil die beiden Elemente der Nr. 1 in ihrer stärksten Intensität ausgeprägt sind, aber nur ein intensivstes Element bei Nr. 2 vorliegt. Entsprechendes würde für die Beziehung zwischen Nr. 2 und Nr. 3 gelten, weil sie ein gleiches Element aufweisen („Erwünschtheit“ bei der Absicht bzw. „Gewissheit“ beim sicheren Wissen), während Nr. 2 der Absicht ein „Mehr“ am Wissen und Nr. 2 des sicheren Wissens ein „Mehr“ am Wollen haben als entsprechende Nr. 3. Unter den Kombinationen in Tabelle 1, die den bedingten Vorsatz erfüllen, sollte Nr. 4 deshalb schwerer als die beiden Nr. 5 bestraft werden, weil Nr. 4 entweder angesichts des Wissens oder des Wollens eine „Mehr“ als Nr. 5 aufweist.

2.8.2. Die Additionstheorie *Schefflers*

Während Tabelle 1 lediglich eine Auslegung der Vorsatzlehre *Schünemanns* darstellt, hat *Scheffler* selber eine derartige Tabelle erstellt, in der alle von ihm vorgestellten Varianten des Vorsatzes nach der Intensität des Wissens und Wollens abgestuft werden. Er stellt für die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf ein sogenanntes „Sandhaufentheorem“ bzw. eine „Additionstheorie“ ab, das bzw. die im Prinzip dem „typologischen Vorsatzbegriff“ *Schünemanns* ähnelt, also dass „die ‚Übererfüllung‘ eines Elementes die ‚Untererfüllung‘ eines anderen Elementes ausgleichen kann.“ *Schefflers* Tabelle für die Kombinationen der beiden Vorsatzelemente ist aber mit mehr Nuancierung versehen²⁰⁰ (vgl. Tabelle 2, Ziffern hinzugefügt).

²⁰⁰ *Scheffler*, JURA 17 (1995), 349 (353).

Tabelle 2: Vorsatzabstufung nach der „Additionstheorie“ Schefflers

	wollen	begrüßen	hin- nehmen	gleich- gültig sein	uner- wünscht sein	
sicher wissen	Absicht Wissentl. (1)	Wissentl. (2)	Wissentl. (3)	(4)	Wissentl. (5)	(Nicht-) Wollen
für wahrscheinlich halten	Absicht (2)	bed. Vors. (6)	bed. Vors. (7)	bed. Vors. (8)	bew.Fahrl.	
ernst- nehmen	Absicht (3)	bed. Vors. (7)	bed. Vors. (9)	bew. Fahrl.	bew. Fahrl.	
für möglich halten	Absicht (4)	bed. Vors. (8)	bew. Fahrl.	bew. Fahrl.	bew. Fahrl.	
nicht für möglich halten	Absicht?	unb. Fahrt	unb. Fahrt	unb. Fahrl.	unb. Fahrt	
(Nicht-) Wissen						

Man könnte zwar, parallel zur Vorgehensweise bei der Lehre *Schünemanns* (Tabelle 1), aus der Additionstheorie *Schefflers* eine mehrstufige Vorsatzabstufung ableiten. Vor einer Überschätzung ihrer Bedeutung ist allerdings zu warnen. Denn zum einen hat *Scheffler* nicht einmal von der Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen gesprochen. Er stimmte zum anderen der Anmerkung *Schünemanns* zu, dass diesem Bereich „fast ein ‚spielerisches Element‘ eigen ist“²⁰¹.

Dass die Vorsatzlehren von *Schünemann* und *Scheffler* das Potenzial für die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen aufweisen, zeigt sich neuerdings bei *Kett-Straub*. Er begründet die regelmäßige Strafmilderung für den bedingt vorsätzlichen Totschlag im Verhältnis zu dem direkten vorsätzlichen eben damit, dass die beiden Vorsatzelemente „beim bedingten Vorsatz [...] schwach ausgeprägt“ seien. „Diese Vorsatzart fällt daher deutlich hinter den anderen beiden zurück.“ „Zwischen bedingtem und direktem Vorsatz gibt es demnach eine klare Schwere-Rangfolge“²⁰².

²⁰¹ *Scheffler*, a.a.O., S. 354.

²⁰² *Kett-Straub*, NSTZ 38 (2018), 535 (536).

2.9. Gegenmeinungen

Im Gegensatz zur sich immer stärker durchsetzenden Einsicht, Vorsatzform habe eine Strafzumessungsrelevanz, lehnen einige Autoren diese heute noch aus verschiedenen Gründen ab.

2.9.1. Keine verallgemeinerbare Regelung

Vor allem *Stam* widerspricht dem Argument, wonach eine Vorsatzabstufung aus der Gesetzessystematik herzuleiten sei. Für die meisten in der Literatur und Rechtsprechung angeführten Vorschriften²⁰³, die angeblich eine Schwereskala der Vorsatzformen begründen sollen, erklärt *Stam* die erhöhte Bestrafung von direktem Vorsatz mit besonderen Gründen, wie z. B. einem „verwerflichen Zweck“ außerhalb der eigentlichen Tatbestands-erfüllung (§§ 87 Abs. 1, 164, 242, 263 StGB), „bestimmte[n] Arten missbilliger Kommunikation“ (§§ 145, 167a, 183a StGB) oder einem „unverhältnismäßig hohen Strafbarkeitsrisiko“ (§ 258 StGB). „Grund für das Abstellen auf die Absicht bzw. Wissentlichkeit ist indes nicht eine durch die Vorsatzform gesteigerte Schuld des betreffenden Täters“²⁰⁴.

Auch aus § 226 Abs. 2 StGB lasse sich keine allgemein anerkannte Schuldschwereskala der verschiedenen Vorsatzformen ableiten. *Stam* nennt zum einen das Gegenbeispiel, „dass § 306b Abs. 1 Var. 1 und 315 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB [...] keine²⁰⁵ Strafschärfung für wissentliches oder absichtliches Handeln vorsehen.“ Er geht zum anderen auf die Entstehungsgeschichte des § 226 StGB ein und findet heraus, dass der Gesetzgeber nicht einmal eine Begründung für die erhöhte Bestrafung der absichtlichen oder wissentlichen Verursachung einer schweren Körperverletzung gegeben habe. Zudem habe sich die SPD kurz nach der Verabschiedung dieses Paragraphen, wenn auch erfolglos, um die Abschaffung jener erhöhten Bestrafung bemüht²⁰⁶.

Nach vorstehenden Kritiken kommt *Stam* zu dem Ergebnis: „Aus der Gesetzessystematik ergibt sich nicht, dass die absichtliche oder wissentliche Tatbegehung grundsätzlich schwerer wiegt als die bedingt vorsätzliche“²⁰⁷.

²⁰³ Vgl. S. 40.

²⁰⁴ *Stam*, JZ 73 (2018), 601 (603 f.).

²⁰⁵ Hervorhebung im Original.

²⁰⁶ *Stam*, a.a.O., S. 604.

²⁰⁷ *Stam*, a.a.O., S. 606.

2.9.2. Kein Unterschied im Unrecht

Meier ist ausgehend vom Unrechtsargument zu einem gegenteiligen Ergebnis, einer Ablehnung der Vorsatzabstufung, gekommen:

„Die Vorsatzformen als solche sind kein taugliches Kriterium für die Strafzumessung, denn sowohl das äußere Unrecht als auch das Ausmaß der Fähigkeit zu richtigem Handeln sind bei ihnen nicht wesentlich verschieden, sodass sie nur im Rahmen der Würdigung der Tätervorstellungen und -ziele Berücksichtigung finden können. Deshalb kann allein mit der Feststellung, der Täter habe den Erfolg ‚sicher vorausgesehen‘ oder er habe dessen Eintritt zwar nur für möglich gehalten, aber ‚bezweckt‘, kein erhöhtes Handlungsunrecht begründet werden²⁰⁸.“

Noch gründlicher lehnt *Jakobs* jede Vorsatzabstufung ab. Im Jahr 1991 folgte er noch dem Beschluss vom 3. *Strafsenat* des BGH aus dem Jahr 1981, demzufolge die Rechtsfigur der „Schuld“ eine maßgebliche Rolle für die Vorsatzabstufung spielen soll. So möge ein absichtlicher Täter „einen rechtlich weniger nichtigen Grund haben“ als ein wissentlicher oder bedingt vorsätzlicher Täter. Innerhalb des Vorsatzes bestehe keine Stufung der Art, dass dem absichtlichen Bewirken einer tatbestandlichen Folge „eine *ceteris paribus* mehr wiegende Schuld [...] als dem Bewirken einer Nebenfolge²⁰⁹.“

Neuerlich stützt *Jakobs* sein Argument gegen die Vorsatzabstufung auf eine andere Rechtsfigur, das Unrecht. In seiner Buchbesprechung zu *Grünwalds* Habilitationsschrift lehnt er ausdrücklich die Steigerungsfähigkeit der Orientierung am Recht und damit der Nicht-Befolgung dieser Orientierung, m.a.W. des Unrechts, aufgrund der Vorsatzformen ab. „Diese Orientierung ist gegeben, wenn der Täter weiß, dass sein Verhalten ein rechtlich unerlaubtes Risiko schafft.“ Die Absicht und die gekannte Risikohöhe hätten „mit seiner Orientierung nichts zu tun, [...], wenn jedenfalls das unerlaubte Risiko überschritten wird.“ „Der Täter soll sich am Recht orientieren, – das ist nicht steigbar²¹⁰.“

Bemerkenswert ist, dass *Hörnle* bereits 1999 dasselbe Gegenargument wie *Jakobs* vorgebracht hat, das von ihr als „normtheoretische Begründung“ bezeichnet wurde. Die normtheoretische Begründung werde überstrapaziert, wenn man damit argumentieren wolle, dass „jede konkrete Ausprägung der kognitiven Komponente des Vorsatzes das Ausmaß des Handlungsunrechts beeinflusst.“ Richtigerweise sei, dass „die Appellwirkung der Norm immer dann eintritt, wenn dem Täter die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung

²⁰⁸ *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 202; *Meier*, Sanktionen, 3. Aufl. (2009), S. 179.

²⁰⁹ *Jakobs*, AT, 2. Aufl. (1991), § 8 Rn. 8.

²¹⁰ *Jakobs*, ZStW 123 (2011), 313 (316).

bewußt war.“ Ein Handeln trotz dieses Bewusstseins sei stets „ein bewußtes Ignorieren des Normappells“, einerlei, „ob der Täter den Erfolgseintritt ernsthaft für wahrscheinlich hielt oder ob seine Prognose den Bereich des sicheren Wissens erreicht hatte.“ Das Wissen „markiert demnach nur einen Schwellenwert“ eines für den Vorsatz qualifizierten Handlungsunrechts. „Abgesehen von dieser Schwelle kommt im Übrigen eine graduelle Abstufung des in der normativen Welt s nach der Ausprägung des Täterwissens nicht in Betracht²¹¹.“ Der Unterschied zwischen *Hörnle* und *Jakobs* besteht darin, dass *Hörnle* schließlich aus einer anderen Perspektive die Vorsatzabstufung begründet²¹², während *Jakobs* diese ablehnt.

2.9.3. Abstellen auf Tätermotiv

Teilweise wird der Unterschied in der Strafzumessung bei verschiedenen Vorsatzformen auf das Tätermotiv zurückgeführt.

Streng etwa ist der Meinung, dass die Vorsatzform „nur sehr zurückhaltend [...] als strafzumessungsrelevant eingestuft“ werden könne. „Zumeist sieht man allein die in der jeweiligen Vorsatzform konkret enthaltene verbrecherische Energie oder Motivation des Täters als erheblich an.“ Die Initiative des 2. Strafsenats des BGH, dass die Tötungsabsicht als solche straferschwerend berücksichtigt werden könne, birgt nach *Streng* die Gefahr einer Doppelverwertung in sich, da die Vorsatzform „von der bereits berücksichtigten Pflichtwidrigkeit der Tatmotivation überhaupt nicht trennbar ist.“ „Eine allein auf die jeweilige Vorsatzform gestützte Strafschärfung oder -milderung ist daher abzulehnen²¹³.“

Stam führt jüngst zunächst ein ähnliches Argument wie *Jakobs* und *Hörnle* an, dass „die mit der Tat verbundenen Negation des Rechts“ (etwa bei *Frisch*, *Grünwald* und *Kelker*) nicht steigbar sei, da eine Rechtsnorm „nur negiert oder nicht negiert, aber nicht in besonderem Maße negiert werden“ könne. Auch gegen die Ansicht von *Tomiak*, dass der Täter mit sicherem Wissen noch gleichgültiger gegenüber der Tatbestandsverwirklichung handle, wendet *Stam* ein, dass keine Vorsatzform eine „besondere, den Unwert der Tat steigernde Geringschätzung des Rechtsguts durch den Täter“ offenbare. „Diese ergibt sich nämlich vielmehr aus dem mit der Tat verfolgten Motiv²¹⁴.“

²¹¹ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 262.

²¹² Bei Fn. 175.

²¹³ *Streng*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 55.

²¹⁴ *Stam*, JZ 73 (2018), 601 (605).

3. Stellungnahme

3.1. Zur Gesetzessystematik

Das Argument in einem Teil der Literatur und vor allem im Anfragebeschluss *des 2. Strafsenats* vom BGH, dass sich aus der Gesetzessystematik eine – zwei- oder dreistufige – Schwereskala der Vorsatzformen ergeben soll²¹⁵, überzeugt zum einen deswegen nicht, weil das geltende StGB keine solche Vorschrift enthält. Die vom 2. *Strafsenat* zitierte Begründung des E 1962, wonach Absicht und Wissentlichkeit nicht immer gleichgestellt werden könne²¹⁶, wurde auch nicht vom Gesetzgeber angenommen, da er 1969 auf Definitionen der Begriffe von „Vorsatz“, „Absicht“, „Wissentlichkeit“ und „bedingtem Vorsatz“ ausdrücklich verzichtete²¹⁷. Wenn der Gesetzgeber schon die Vorsatzformen nicht definieren will, wie ist denn aus einer nicht vorhandenen gesetzgeberischen Begriffsumschreibung eine „grundsätzliche gesetzgeberische Anerkennung einer Schuldschwereskala im Bereich des subjektiven Tatbestands“²¹⁸ zu entnehmen?

Eine grundsätzliche Strafschärfung wegen der Absicht im Verhältnis zur Wissentlichkeit lässt sich zum anderen auch dann nicht aus dem gesetzgeberischen Willen ableiten, wenn die Begründung des E 1962 gelten sollte. Denn mit dem Satz, dass „die Gleichstellung von Absicht und Wissentlichkeit nicht immer passt“, meint der E 1962 vielmehr, dass bei manchen Tatbeständen, die ein wissentliches Handeln voraussetzen, zur Strafbarkeit absichtliches Handeln nicht genüge. „Absichtliches Handeln kommt dort nicht in Betracht [...], wie etwa sich aus den §§ 352 und 476 [des E 1962] ergibt“²¹⁹. Da aber es im E 1962 auch Tatbestände (z. B. Diebstahl und Betrug, §§ 235, 252 E 1962) gibt, die eine Absicht im Sinne des zielgerichteten Willens erfordern, für sie ein sicheres Wissen nicht ausreicht²²⁰, so ist aus dem genannten Satz der Begründung des E 1962 kein grundsätzliches Verhältnis zwischen Absicht und sicherem Wissen zu entnehmen.

Die Feststellung, dass sich aus der Gesetzessystematik keine grundsätzliche Schwereskala der Vorsatzformen ergibt, hindert jedoch nicht daran, eine Vorsatzabstufung anders zu begründen. Raum dafür lässt der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform 1969 jedenfalls mit dem Hinweis: „Schließlich sei die definierende Ausfüllung dieser Begriffe [des Vorsatzes und seiner Formen] aber auch nicht so sehr Aufgabe des Gesetzgebers als

²¹⁵ Vgl. S. 40 f. und bei Fn. 94.

²¹⁶ BT-Drucks. IV/650, S. 1–711.

²¹⁷ BT-Drucks. V/4095, S. 1–80.

²¹⁸ So der 2. *Strafsenat* des BGH, bei Fn. 92.

²¹⁹ BT-Drucks. IV/650, S. 1–711.

²²⁰ Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 298.

vielmehr der Rechtslehre²²¹.“

3.2. Zum Regelfall und Doppelverwertungsverbot

In Abschnitt 1 und Abschnitt 2 dieses Kapitels wurde dargestellt, dass die Strafsenaten des BGH und einige Lehrmeinungen unter anderen das Argument vom „Regelfall iVm Doppelverwertungsverbot“ – gelegentlich auch nur einen Teil davon, also entweder „Regelfall“ oder „Doppelverwertungsverbot“ – gegen die Vorsatzabstufung häufig vorbringen²²². Der Begriff „Regelfall²²³“ wird dabei unterschiedlich auch als „Normalfall²²⁴“, „Durchschnittsfall²²⁵“, „gesetzlichen Regelfall²²⁶“, „normativen Regelfall²²⁷“ oder „Regeltatbild²²⁸“ genannt. All diese Begriffe werden um der Klarheit und der Prägnanz willen im Folgenden einheitlich als „Regelfall“ verwendet²²⁹. Diese Begriffe – unter welcher konkreten Bezeichnung auch immer – dienen dazu, die unter ihnen fallenden Umstände (hier: direkter Vorsatz oder Absicht) von vornherein aus den Strafzumessung mit dem Argument auszuschließen, dass sie vom Gesetzgeber bereits bei der Festlegung des gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt worden seien und damit bei der Strafzumessung nicht doppelt – d. h. erneut – verwertet werden dürften²³⁰.

Andererseits hat der Große Senat für Strafsachen bereits 1987 erklärt, der Tatrichter könne „bei der Entscheidung über die Bewertungsrichtung bestimmter wirtschaftlicher Verhältnisse – wie bei anderen zumessungserheblichen Umständen und bei der Strafzumessung überhaupt – nicht von einem (normativen) Normalfall [...] ausgehen.“ Denn die gegenteilige Auffassung „führt [...] zwangsläufig zu einer bis ins Einzelne gehende revi-

²²¹ BT-Drucks. V/4095, S. 1–80.

²²² S. 11–16, 18–211.

²²³ BGH, Beschl. v. 28.9.1977 – 3 StR 344/77 (Rn. 8); BGH, Beschl. v. 5.10.1977 – 3 StR 369/77 (Rn. 6); BGH, Beschl. v. 15.11.1983 – 3 StR 447/83 (Rn. 4); BGH, Urt. v. 31.7.1984 – 1 StR 330/84 (Rn. 9); BGH, Beschl. v. 1.12.1989 – 2 StR 555/89 (Rn. 2); BGH, Beschl. v. 23.10.1992 – 2 StR 483/92 (S. 2); BGH, Beschl. v. 30.7.1998 – 4 StR 346/98 (Rn. 4); BGH, Beschl. v. 13.9.2000 – 2 StR 358/00 Rn. 3, 8; BGH, Urt. v. 14.8.2008 – 4 StR 223/08, HRRS 2008, Nr. 872 (Rn. 10). In diesem Sinn, wenn auch mit etwas anderer Ausdrucksweise, dass beim Verdeckungsmord der direkte Vorsatz um den Todeserfolg „die Regel ist“, vgl. BGH, Beschl. v. 10.11.1983 – 4 StR 642/83 (Rn. 4); BGH, Beschl. v. 27.10.1983 – 4 StR 620/83 (Rn. 5).

²²⁴ BGH, Beschl. v. 18.11.1977 – 3 StR 403/77 (Rn. 4); BGH, Beschl. v. 28.6.2012 – 2 StR 61/12.

²²⁵ BGH, Beschl. v. 8.2.1978 – 3 StR 425/77 (Rn. 3).

²²⁶ BGH, Beschl. v. 19.3.2009 – 4 StR 53/09, HRRS 2009, Nr. 453 (Rn. 6).

²²⁷ BGH, Beschl. v. 14.10.2015 – 5 StR 355/15 (Rn. 3).

²²⁸ Fahl, Regeltatbild, 1996, S. 154.

²²⁹ Im Unterschied zur vorliegenden Arbeit verwendet Ahlers-Grzibek für diese Ausdrücke stellvertretend „Normalfall“. Zu noch mehr Bezeichnungen für denselben Sachverhalt vgl. die Liste bei Ahlers-Grzibek, Normalfall, 2003, S. 17; Meier, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 235–237; Schöch, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 164 (166 f.).

²³⁰ Ahlers-Grzibek, Normalfall, 2003, S. 201.

sionsrichterlichen Kontrolle der Strafzumessung.“ Das Revisionsgericht „stünde vor der Aufgabe, den Normalfall – des einzelnen Zumessungsumstandes und der Straftat insgesamt – zu umschreiben und würde auf diese Weise einen wesentlichen Teil der Strafzumessung an sich ziehen.“ Das würde zudem „zur Aufspaltung des »die Tat« ausmachenden Gesamtgeschehens und Gesamtsachverhalts führen²³¹.“

Die Rechtsansicht des Großen Senats für Strafsachen wurde zwar in einigen Fällen der Strafzumessung, etwa zur Frage, ob der Geschlechtsverkehr ungeschützt und mit Samenerguss in die Scheide zum Normalfall der Vergewaltigung gehöre²³², angeführt. Diese Rechtsansicht hat sich aber langsam für die Frage der Vorsatzabstufung durchgesetzt: *Der 4. Strafsenat* sah 2009 den direkten Vorsatz noch als „gesetzlichen Regelfall“ des Totschlags²³³ und *der 5. Strafsenat* 2015 ihn noch als „normativen Regelfall“ des Mordes²³⁴ an. *Der 2. Strafsenat* hat 2016 im einflussreichen Anfragebeschluss lediglich die Einstufung des direkten Vorsatzes als „normativen Regelfalls“ ablehnt, ohne die Rechtsfigur „Regelfall“ bzw. „normativen Regelfall“ *per se* infrage zu stellen²³⁵. *Der 3. Strafsenat* hat 2017 im Anfragebeschluss auf den eben genannten Anfragebeschluss lediglich die Einstufung der Tötungsabsicht als „normativen Regelfalls“ zurückgewiesen, ohne die Rechtsfigur „Regelfall“ bzw. „normativen Regelfall“ *an sich* zu bestreiten²³⁶. Die Rechtsansicht, dass „normativer Normalfall“ als Maßstab der Strafzumessung unzulässig sei, findet erst 30 Jahre nach dem Urteil des Großen Senats, 2017, im Antwortbeschluss vom *4. Strafsenat* auf den Fall der Vorsatzabstufung Anwendung²³⁷. Der direkte Vorsatz wird seitdem in den BGH-Entscheidungen über die Vorsatzabstufung nicht mehr als Regelfall oder weitere Bezeichnungen im gleichen Sinn eingestuft – genauer gesagt sind diese Begriffe, außer bei der Zitierung der früheren Rechtsprechung²³⁸, nicht mehr in den Entscheidungen über die Vorsatzabstufung zu sehen²³⁹.

Dem Fazit des Großen Senats für Strafsachen ist aus mehreren Gründen beizutreten. *Erstens* hat sein Argument, das Abstellen auf den Regelfall führe zu einer unzulässigen Überdehnung der revisionsrichterlichen Kontrolle der Strafzumessung, völlig Recht, da

²³¹ BGH, Beschl. v. 10.4.1987 – GSSt 1/86, BGHSt, 345 (350 f.).

²³² BGH, Urt. v. 3.8.1990 – 1 StR 62/90, BGHSt, 153 (156 f.).

²³³ Bei Fn. 69 und 226.

²³⁴ Bei Fn. 66.

²³⁵ Bei Fn. 100.

²³⁶ Bei Fn. 109.

²³⁷ Bei Fn. 114.

²³⁸ Etwa BGH, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15 (Rn. 5, 17, 20).

²³⁹ Etwa BGH, Beschl. v. 17.1.2018 – 2 StR 334/15, HRRS 2018, Nr. 504; BGH, Urt. v. 15.5.2018 – 1 StR 159/17, HRRS 2018, Nr. 1042; BGH, Beschl. v. 31.10.2018 – 2 StR 371/18, HRRS 2019, Nr. 183; BGH, Beschl. v. 27.2.2019 – 4 StR 419/18, HRRS 2019, Nr. 474.

über fast jeden Strafzumessungsumstand gestritten werden kann, was zu seinem Regelfall gehören soll. *Zweitens* lässt sich nicht feststellen, von welcher Vorstellung über den Regelfall eines Umstandes (hier: Vorsatzes) der Gesetzgeber ausgegangen ist. Um doch von einem gesetzgeberischen Regelfall sprechen zu können, müsste man entweder eigene Wertvorstellung über die bei der Strafzumessung als „neutral“, d. h. weder strafschärfend noch -mildernd, zu bewertenden Taterscheinungen oder eigene Beobachtung bzw. Vermutung über die Häufigkeit, Regelmäßigkeit oder Typizität der Taterscheinungen „in den Gesetzgeber oder, schlimmer noch, in das Gesetz selbst hineinzuprojizieren“²⁴⁰.“ Beim letzten Fall ist ferner zu berücksichtigen, dass die Beobachtung (bzw. Vermutung) des jeweiligen Autors oder des Gesetzgebers, falls vorhanden, von der realen Häufigkeit (bzw. Regelmäßigkeit oder Typizität) abweichen kann. Bei erheblicher Abweichung wird sie zu einer unzulässigen Fiktion, die die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative überschreitet. *Drittens* gilt das Doppelverwertungsverbot nicht für den „Regelfall“, auch wenn er eine vertretbare Rechtsfigur darstellen sollte, da bei den Vorschriften für das Doppelverwertungsverbot vom „Regelfall“ – unter welcher konkreten Bezeichnung auch immer – nicht die Rede ist²⁴¹:

§ 46 Abs. 3 StGB: „Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.“

§ 50 StGB: „Ein Umstand, der allein oder mit anderen Umständen die Annahme eines minder schweren Falles begründet und der zugleich ein besonderer gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 ist, darf nur einmal berücksichtigt werden.“

Es sei denn, beim „Regelfall“ handele es sich um nichts anderes als die in den beiden Vorschriften genannten Tatbestandsmerkmale oder Umstände. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, müsste *viertens* die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen nicht zurückgewiesen werden, da der h. M. nach das Doppelverwertungsverbot nur für das „gesetzliche Minimum“ der einschlägigen Umstände gelten soll. Quantitative oder qualitative, jedenfalls nicht unerhebliche, Abstufungen der steigerungsfähigen Tatbestandsmerkmale,

²⁴⁰ Fahl, Regeltatbild, 1996, S. 132 f.; dazu Meier, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 236; Foth, JR 1985 (397); a. A. Theune, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), § 46, Rn. 63.

²⁴¹ Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46, Rn. 45; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 46, Rn. 45; Heintschel-Heinegg, in: BeckOK-StGB, 34. Ed. (2017), § 46, Rn. 97; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 689; Streng, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 125; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 46, Rn. 10a; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 46, Rn. 10a; Meier, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 227; Theune, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), § 46, Rn. 263; Horn, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 150.

z. B. die Schwere der Körperverletzung oder die Art und Weise der Tötung, „kann“, „darf“ und sogar „muss“ der Tatrichter bei der Strafzumessung heranziehen; ansonsten könnte die Strafzumessung im Einzelfall gegen die Schuldangemessenheit und die Gleichheit verstoßen²⁴². Das heißt, die Vorsatzformen könnten eine Strafzumessungsrelevanz haben, sollten sie quantitative oder qualitative Unterschiede aufweisen – was im Folgenden aus vielfältigen Gesichtspunkten zu überprüfen ist –, auch wenn eine bestimmte Vorsatzform als „Regelfall“ einzustufen und diese Einstufung zum Doppelverwertungsverbot zu führen wäre.

Das zweite Argument des Großen Senats für Strafsachen gegen den Begriff vom „Regelfall“, er führe zur Aufspaltung des Gesamtgeschehens der Tat, ist nach der hier vertretenen Ansicht zwar an sich falsch. Da es sich dabei vielmehr um andere Einwände, die von der Rechtsprechung und der Literatur häufig gegen die Vorsatzabstufung vorbringen, sind sie und das zweite Argument des Großen Senats zusammen im nächsten Unterabschnitt zu diskutieren.

3.3. Zur Einzelfallbetrachtung und Gesamtwürdigung

Der 1., der 3. und der 4. Strafsenat des BGH haben gegen die Vorsatzabstufung argumentiert, die Auswirkung der Vorsatzform für die Strafzumessung hänge von den Umständen des Einzelfalls ab oder die Vorsatzform bedürfe einer gesamten Würdigung im Zusammenhang mit den Vorstellungen und Zielen des Täters. Sie nennen dabei oft das Beispiel, dass eine bedingt vorsätzliche Tötung aus nichtigem Anlass schwerer wiege als eine mit direktem Vorsatz verübte Tötung, die auf verständlichen Beweggründen beruhe²⁴³. Nach der Analyse der vorliegenden Arbeit bleiben sie heute prinzipiell noch bei dieser Ansicht²⁴⁴. Zugunsten der Einzelfallbetrachtung und Gesamtwürdigung hat insbesondere *der 4. Strafsenat* 2017 eine grundsätzliche Schwereskala der Vorsatzformen ausdrücklich und *der 1. Strafsenat* stillschweigend zurückgewiesen, obwohl all diese drei Senate im Zuge des 2016 vom *2. Strafsenat* eingeleiteten Anfrageverfahrens eine Ausnahme zulassen, dass die Tötungsabsicht unter Umständen als straferschwerend erachtet werden dürfe²⁴⁵.

²⁴² BGH, Urt. v. 3.8.1990 – 1 StR 62/90, BGHSt, 153 (155); Meier, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 227, 229; Meier, Sanktionen, 3. Aufl. (2009), S. 200, 202–203; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 689, 694; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Strafzumessung, 5. Aufl. (2012), Rn. 689, 694; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Strafzumessung, 4. Aufl. (2008), Rn. 391, 396; Eschelbach, in: StGB, 2. Aufl. (2014), § 46, Rn. 185.

²⁴³ S. 12–16, 19.

²⁴⁴ S. 25–26.

²⁴⁵ S. 23–25.

Die Argumente der Einzelfallbetrachtung und der Gesamtwürdigung verwechseln allerdings verschiedene Phasen der Strafzumessung. Der Strafzumessungsvorgang wird in einem Teil der Literatur zu Recht in Phasen eingeteilt, um für eine möglichst transparente und damit kontrollierbare Strafzumessung zu sorgen²⁴⁶, wenngleich Zweifel an der Praxisrelevanz und Allgemeingültigkeit des Phasenmodells besteht²⁴⁷. Die Systematisierung der Strafzumessung dient schließlich wie jedes Strafverfahren „dem Ideal einer gleichen, gerechten und gesetzlich bestimmten Strafe“²⁴⁸. Die Anzahl der Phasen variiert zwar je nach dem Autor; bei *Bruns* etwa sind sie insgesamt 5 Phasen, bei *Meier* 7 Phasen, bei *Stree/Kinzig* und *Günther* 8 Phasen²⁴⁹. Gemeinsam ist aber: Jeder Strafzumessungsumstand wird gesondert bewertet und gewichtet, bevor alle Strafzumessungsumstände gegeneinander abwogen werden.

Dementsprechend sind die Vorsatzform, Beweggründe, Ziele und Vorstellungen des Täters – soweit sie unterschiedlich sind –, aber auch alle anderen Strafzumessungstatsachen, unter einer „*ceteris paribus*“-Berücksichtigung gesondert zu bewerten und zu gewichten, bevor man sie gegeneinander abwägt und sich daraus ein gesamtes Bild für die Straftat sowie das Strafmaß ergeben kann. Dass man in der (späteren) Phase der gesamten Abwägung zu dem Ergebnis kommen kann, eine bedingt vorsätzliche Tötung aus besonders verwerflichem Beweggrund wiege schwerer als eine absichtliche Tötung, schließt also die Möglichkeit einer grundsätzlichen Schwereskala der Vorsatzformen in der (früheren) Phase der gesonderten Gewichtung nicht aus²⁵⁰. Entscheidend ist vielmehr, ob und wie eine solche Schwereskala begründet werden kann.

3.4. Zu den Schuldargumenten

Wie angeführt²⁵¹, haben viele Entscheidungen des BGH und manche Lehrmeinungen mit der Rechtsfigur „Schuld“ für oder gegen die Vorsatzabstufung argumentiert. Dies überrascht nicht, da der Vorsatz früher einheitlich und auch heute, wo er der h. M. nach ein Merkmal des Unrechtstatbestandes ist, von vielen – unter Annahme einer „Doppelstellung des Vorsatzes“ – als eine „Schuldform“ bzw. ein „selbstständiges Schuldmerkmal“

²⁴⁶ *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 162.

²⁴⁷ *Streng*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 124.

²⁴⁸ *Günther*, JZ 44 (1989), 1025 (1025).

²⁴⁹ *Bruns*, Strafzumessung, 2. Aufl. (1985), S. 6; *Günther*, JZ 44 (1989), 1025 (1026); *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 46, Rn. 3; *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 163–165; *Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46, Rn. 3.

²⁵⁰ *Ebenso Fahl*, Regeltatbild, 1996, S. 152 und 155 (Fn. 317); *Fahl*, JR 2017, 387 (392 f.); *Kett-Straub*, NStZ 38 (2018), 535 (536 f.).

²⁵¹ S. 8–8, 27, 30, 34–35.

angesehen wird²⁵².

Bevor man sich mit diesen Ansichten auseinandersetzt, gilt es aber zunächst zu klären, ob es sich dabei um die Schuld im Sinne der Verbrechenslehre handelt. Ein Teil dieser Argumente verwenden den Begriff „Tatschuld“, etwa wenn *der 4. Strafsenat* geltend macht, die Vorsatzform besage „nichts über das Ausmaß der Tatschuld²⁵³“, oder wenn *der 2. Strafsenat* dagegen die Tötungsabsicht als „eine die Tatschuld erhöhende und damit taugliche Strafzumessungstatsache“ ansieht²⁵⁴. Im Strafzumessungsrecht bedeutet „Tatschuld“, im Vergleich zu den Begriffen der Charakterschuld und Lebensführungsschuld, die Tatschuld, die sich aus einer Bewertung der Tat und ihrer Folgen, nicht aber der Persönlichkeit oder Lebensführung des Täters ergibt. Die Tatschuld hat allerdings nicht nur zum Gegenstand, was zur Schuldebene des Verbrechensaufbaus gehört, sondern sie ist ein Synonym für die „Strafzumessungsschuld“ gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 StGB, d. h., „der Inbegriff derjenigen Umstände, aus deren Vorliegen oder Nichtvorliegen das Maß des gegen den Täter erhobenen Vorwurfs abgeleitet werden kann²⁵⁵.“ Dies lässt sich am 2. *Strafsenat* verdeutlichen, der zwar für eine grundsätzliche *Schuld*-Schwereskala der Vorsatzformen und eine erhöhte Tatschuld der Tötungsabsicht spricht²⁵⁶, diese aber ausschließlich mit dem Unterschied im Handlungs-*Unrecht* begründet. In denselben Beschlüssen macht er deutlich: „Zur Ermittlung der für die Straffrage maßgeblichen Strafzumessungsschuld sind alle Umstände heranzuziehen, die den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat im Einzelfall kennzeichnen²⁵⁷.“ Die Argumente der Tatschuld werden folglich aus der nachfolgenden Diskussion ausgeschlossen, wenn sich der ihnen zugrunde liegenden Strafzumessungsumstand nicht erkennen lässt.

Einige Argumente für die Vorsatzabstufung beziehen sich auf eine Schuldform oder ein Schuldmerkmal im Sinne der Verbrechenslehre, etwa wenn *der 1. Strafsenat* den bedingten Vorsatz als „besonder[e] Gestaltung der Schuld“ und *der 3. Strafsenat* ihn als

²⁵² Duttge, in: MK-StGB, 3. Aufl. (2017), § 15, Rn. 30, 44, 49; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 15, Rn. 8; Vogel, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 15, Rn. 9; Roxin, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 26; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 430, 243. Zur Dogmengeschichte vgl. Puppe, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 15, S. 20–40, 58–59.

²⁵³ BGH, Beschl. v. 15.2.1984 – 4 StR 51/84 (Rn. 8).

²⁵⁴ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 13).

²⁵⁵ Meier, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 185–187; dazu Streng, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 20; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 583; Horn, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 43 f; Bruns, Strafzumessung, 2. Aufl. (1985), S. 145 f; BGH, Urt. v. 14.3.2018 – 2 StR 416/16, HRRS 2018, Nr. 564 (Rn. 24); BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 15); BGH, Beschl. v. 29.4.1987 – 2 StR 500/86 (Rn. 17 f.); BGH, Beschl. v. 15.4.1983 – 2 StR 192/83 (Rn. 5).

²⁵⁶ Bei Fn. 92–93, 97.

²⁵⁷ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 15); BGH, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15 (Rn. 10).

„weniger schwerwiegend[e] Begehungsform“ bezeichnen und sie beide daraus die Folgerung zogen, dass der Täter „auf Grund seines nur bedingten Vorsatzes geringere Schuld auf sich geladen hat“²⁵⁸. *Puppe* sieht das von ihr zum „Schuldmerkmal“ zugeordnete Gesinnungselement als Strafschärfungsgrund für die absichtliche Tat an²⁵⁹. *Jescheck/Weigend* lehnen hingegen die Vorsatzabstufung eben aufgrund des für alle Vorsatzformen gleichzustellenden „Schuldgehalts“ ab²⁶⁰. Aber auch diese Ausdrucksweisen werden kritisiert, es komme „dabei in der Regel zu keiner weiteren materialen Präzisierung – womit die Begründung [...] angesichts der Vagheit des Begriffs »Schuld« [...] ebenfalls reichlich vage bleibt“²⁶¹.

Verfolgt man die Rechtsprechung des *BGH* und die Literaturmeinungen zum Begriff der Schuld in der Nachkriegszeit²⁶², insbesondere vom Ende der 1970er bis Anfang der 1990er-Jahre – also während der ersten Diskussionswelle über die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen –, lässt sich die „Schuld“ in den zuletzt genannten Argumenten wohl als „rechtlich missbilligte Gesinnung“²⁶³, „rechtlich fehlerhafte Gesinnung (tadelnswerte Rechtsgesinnung)“²⁶⁴, „rechtlich tadelnswerte Gesinnung“²⁶⁵, „rechtsfeindliche Einstellung“²⁶⁶ oder „rechtsgüterfeindliche Gesinnung“²⁶⁷ verstehen (um der Prägnanz willen werden diese Begriffe unten als „Gesinnung“ bezeichnet). „Als Schulselement soll der Vorsatz“, so fasst *Puppe* zusammen, „die Tatgesinnung darstellen, die gerade in der vorsätzlichen Rechtsgutsverletzung zum Ausdruck kommt, die bewusste Zurückweisung des Achtungsanspruchs des verletzten Rechtsguts“²⁶⁸; teilweise wird „Achtungsanspruch des Rechtsguts“ in diesem Satz durch „Anforderungen des Rechts“²⁶⁹ abgelöst. Im Einklang mit dem Verständnis des Schuldbegriffs als Gesinnungsschuld liegt ein Schwerpunkt der Debatte über die Vorsatzabstufung darauf, ob eine bestimmte Vorsatzform, z. B. Absicht oder sicheres Wissen, in der Regel „auf eine besonders verwerfliche Gesinnung oder eine besondere Stärke seines verbrecherischen Willens“ hindeutet²⁷⁰.

²⁵⁸ *BGH*, Urt. v. 8.5.1953 – 1 StR 87/53 (Rn. 22); *BGH*, Beschl. v. 8.2.1978 – 3 StR 425/77 (Rn. 3); *BGH*, Beschl. v. 13.5.1981 – 3 StR 126/81 (Rn. 3).

²⁵⁹ Bei Fn. 165–167.

²⁶⁰ Bei Fn. 168–169; dazu S. 8–8, 27, 30 m.w.N.

²⁶¹ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 499.

²⁶² Zur Dogmengeschichte vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 421 f; *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), Rn. § 19 Rn. 23–35.

²⁶³ *Gallas*, ZStW 67 (1955), 1 (45).

²⁶⁴ *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 422, 418.

²⁶⁵ *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 400.

²⁶⁶ *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 26.

²⁶⁷ *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (372); *Schünemann*, GA 1985, 341 (364).

²⁶⁸ *Puppe*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 15, Rn. 3; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 36; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (41); dazu *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 422.

²⁶⁹ *Gallas*, ZStW 67 (1955), 1 (45).

²⁷⁰ Bei Fn. 16, 42, 84, 106, 115, 118, 145.

Es scheint hier auf den ersten Blick, als würde eine Stellungnahme zu diesen schuldbezogenen Argumenten weitere Stellungnahmen dazu voraussetzen, ob der Vorsatzbegriff ein Schuldmerkmal darstellt oder beinhaltet und was unter dem Schuldbegriff zu verstehen ist. Diese Fragen können jedoch dahinstehen, da es für den vorliegenden Kontext vielmehr darauf ankommt, ob und unter welchem Gesichtspunkt die Gesinnung eine Strafzumessungsrelevanz haben soll. Bei einer Verneinung dieser Frage wird es klar, dass die Ansichten, die im Vorsatzbegriff ein oben dargestelltes Gesinnungsmerkmal sehen, hinsichtlich der Strafzumessung überflüssig sind – was allerdings nicht gleichbedeutend mit ihrer Zwecklosigkeit für die Verbrechenslehre sein muss –. Erst bei einer Bejahung hat man die maßgeblichen Gesichtspunkte unter zutreffenden Oberbegriff zu subsumieren, der sich jedoch weder notwendig auf Unrecht oder Schuld beschränkt noch mit beliebiger Vorsatzlehre vereinbar ist. Betrachtet man die ersten Lehren von der Vorsatzabstufung, so lässt sich feststellen, dass gerade *Frisch* und *Puppe*, die für den Vorsatzbegriff kein ontologisches Wollenselement verlangen²⁷¹, eine Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen im herkömmlichen Sinne befürworten. Während *Puppe* diese mit einem für sie außerhalb des Vorsatzbegriffs stehenden Schuldmerkmal begründet²⁷², stellt *Frisch* dafür auf durchaus andere Gesichtspunkte als Unrecht und Schuld ab: die General- und Spezialprävention²⁷³. Eine Antwort auf die Frage nach der Vorsatzabstufung muss also weder von der Annahme einer bestimmten Vorsatzlehre noch von einer Betrachtung der Gesinnung auf bestimmter Ebene des Verbrechensaufbaus abhängen.

Bei der Frage nach der Strafzumessungsrelevanz der Gesinnung ist davon auszugehen, dass in einem freiheitlichen Rechtsstaat, in dem das Tatstrafrecht, nicht aber das Gesinnungsstrafrecht gilt²⁷⁴, diese Relevanz unter anderen voraussetzt, dass die Gesinnung aus der konkreten Tat (darum „Tat-Gesinnung“) zuverlässige Information über das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung bieten kann. Demgemäß würden als Bewertungskriterien für die Gesinnung die „sozialethischen Wertvorstellungen der Rechtsordnung²⁷⁵“ und die „generalisierend[e], an sozialethischen Wertmaßstäben orientierten Betrachtung“ ausscheiden, wenn daraus lediglich der „Schluß [...] auf die Gesamteinstellung des Täters zu den Anforderungen des Rechts²⁷⁶“ gezogen werden könnte. Zur Rechtfertigung des Schuldvorwurfs genügt es – entgegen *Jescheck/Weigend* – auch nicht, dass „sich in der

²⁷¹ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 269–270, 300; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (40); *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 75 f; *Puppe*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 15, Rn. 64, 68, 70.

²⁷² Bei Fn. 165–167, 259.

²⁷³ Näher in Kapitel 3: und Kapitel 4:.

²⁷⁴ *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (4 f.); *Kelker*, Legitimität von Gesinnungsmerkmalen, 2007, S. 406; *Hörnle*, GA 2008, 274 (276); *Freund*, AT, 2. Aufl. (2009), S. 331; dazu oben Fn. 255.

²⁷⁵ *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 403.

²⁷⁶ *Gallas*, ZStW 67 (1955), 1 (45).

Tat die gegen das Recht, genauer: gegen den Achtungsanspruch des jeweils geschützten Rechtsguts gerichtete Gesinnung des Täters manifestiert²⁷⁷.“ Eine Tatgesinnung ist vielmehr nur insoweit strafrechtlich verwerflich, als sie das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung signalisiert.

Die Frage, ob und inwieweit das Gesinnungselement des Vorsatzbegriffs im Sinne der h. M. oder auch einer abweichenden Vorsatzlehre ein Risiko für die Tatbestandsverwirklichung signalisiert, ist ihrem Wesen nach eine empirische Frage. Sie lässt sich dahin verallgemeinern: in welchem Zusammenhang steht die Gesinnung zu einer Handlung und die Wahrscheinlichkeit der Vollendung dieser Handlung? Das ist eines der am meisten erforschten Themen in den Verhaltenswissenschaften, worauf in Kapitel 6 ausführlich einzugehen sein wird. Die Forschungsergebnisse werden der Strafrechtswissenschaft sicherlich dabei helfen, die Kenntnisse über die Gesinnungskomponente des Vorsatzbegriffs zu vertiefen und damit die Vorsatzabstufung bzw. ihre Ablehnung sachlicher zu begründen.

3.5. Zu den Unrechtsargumenten

Wie angeführt²⁷⁸, wird in den vergangenen zwei Jahrzehnten mit der Durchsetzung einer Verlagerung des Vorsatzbegriffs von der Schuldebene in die Unrechtsebene²⁷⁹ immer häufiger versucht, auch die Gesinnungskomponente des Vorsatzes unter dem Gesichtspunkt des Unrechts zu betrachten und daraus eine Vorsatzabstufung abzuleiten. Unter diesen Argumenten wenden wir uns hier nur denjenigen zu, die auch ohne Bezugnahme auf empirische Erkenntnisse aufgearbeitet werden können.

Die anderen unrechtsbezogenen Argumente werden entweder nicht oder erst später angegangen. Nicht behandelt wird die Ausführung *Meiers*²⁸⁰, da sie bei genauer Betrachtung weder einen Hinweis auf das Unrechtssubstrat noch auf seinen Bewertungsmaßstab, sondern nur auf das Ergebnis der Bewertung beinhaltet: Das äußere Unrecht sei bei den Vorsatzformen nicht wesentlich verschieden. Sein Argument in Bezug auf das Unrecht wird darum nicht weiter verfolgt.

Ein anderer Teil vom Argument *Meiers*, auch das Ausmaß der Fähigkeit zu richtigem Handeln sei bei den Vorsatzformen nicht wesentlich verschieden, betrifft aber das, was empirisch überprüft werden kann. Dies ist nach der hier vertretenen Ansicht sogar gebo-

²⁷⁷ Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 422.

²⁷⁸ S. 21, 24, 36–44.

²⁷⁹ Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969), S. 64 f; Jakobs, AT, 2. Aufl. (1991), § 6 Rn. 11; Herzberg, RECPC 10-01 (2008), 1 (23).

²⁸⁰ S. 45.

ten, weil das Schuldprinzip iVm dem Rechtsstaatsprinzip erfordert, sowohl das „Ob“ als auch das Ausmaß des Unrechts anhand der Tatsache unter Anlegung verfassungsmäßiger Maßstäbe nachzuweisen. Demgemäß muss der – nicht notwendig kausale – Zusammenhang bzw. das Nichtvorliegen eines Zusammenhangs zwischen der Vorsatzform und dem Ausmaß der Fähigkeit zu richtigem Handeln, wenn nicht im Einzelfall, dann wenigstens als empirisches Gesetz hinreichend, zuverlässig festgestellt werden. Zu diesem Aspekt des Arguments *Meiers* und zu den Argumenten von der Tatherrschaft oder Bedrohlichkeit aus der Opferperspektive als Substrat des Vorsatzunrechts sind in den einschlägigen Kapiteln²⁸¹ in einem Dialog zwischen der Norm und Empirie zu erörtern.

3.5.1. Infragestellung des Rechts bzw. Ablehnung des Anerkennungsverhältnisses

Den Argumenten von *Frisch*, *Kelker* und *Grünwald*, für die Vorsatzabstufung auf das Unrechtsverständnis als Infragestellung des Rechts bzw. Ablehnung des Anerkennungsverhältnisses abzustellen²⁸², ist entgegenzuhalten, dass sie auf unsachliche Auslegung bzw. Zuschreibung hinauslaufen würden. Unsachlich sind sie zum einen deshalb, weil sie keine objektive Richtlinie für das Ausmaß des Unrechts aufstellen. Es ist nicht offensichtlich, weshalb ein höheres Unrecht aus der Absicht oder dem sicheren Wissen resultieren soll, nicht aber aus der Gleichgültigkeit oder der Handlungsmaxime des Täters in dem Sinne, dass ein Dritter keine Achtung verdiene, nur Mittel für die Verfolgung eigener Interessen darstelle oder „zum bloßen Objekt“²⁸³ gemacht werden könne.

Dass es diesen Argumenten Objektivität fehlt, lässt sich daran verdeutlichen, dass gerade *Jakobs* explizit gegen die Lehre der Vorsatzabstufung *Grünwalds* und damit implizit gegen die *Kelkers* einwendet²⁸⁴. Da *Jakobs*, wie *Grünwald*, *Kelker* und *Frisch*, eine „Verletzung der Normgeltung“ bzw. der „Normanerkennung“, gleichbedeutend mit einer „Desavouierung der Norm“, als Wesen des Unrechts begreift²⁸⁵, werden aus demselben Unrechtsverständnis widersprüchliche Schlüsse gezogen.

Unsachlich sind die Ansichten von *Frisch*, *Kelker* und *Grünwald* zum anderen deshalb, weil dabei das Wollen (bei Absicht) und das Wissen (bei sicherem Wissen) des Täters ohne Feststellung seiner realen Gesinnung als seine Stellungnahme zum Recht inter-

²⁸¹ Zur Tatherrschaft vgl. Kapitel 5; zur Fähigkeit zu richtigem Handeln vgl. Kapitel 6: (Abschnitt 1.1.5, und 3.3); zur Bedrohlichkeit aus der Opferperspektive vgl. Kapitel 6: (Abschnitt 1.4.2, 2.5 und 3.2).

²⁸² S. 37–39.

²⁸³ Vgl. die „Objektformel“ in anderem Kontext, S. 72 und 71.

²⁸⁴ S. 45.

²⁸⁵ *Jakobs*, AT, 2. Aufl. (1991), S. § 1 Rn. 11, 15.

pretiert werden. Insofern sind diese Ansichten mit der Vorsatzlehre *Puppes* durchaus vergleichbar, die ohne Feststellung der tatsächlichen Handlungsmaxime des Täters seine Handlung trotz einer Gefahrvorstellung als Ausdruck seiner Handlungsmaxime interpretiert²⁸⁶. Dies ist für *Frisch* und *Grünwald* nicht verwunderlich, weil *Frisch* einer der eifrigsten Verfechter der kognitiven Vorsatzlehre in der Gegenwart gilt und *Grünwald* ausdrücklich den Vorsatzlehren von *Frisch*, *Puppe* sowie *Jakobs* folgt. Nach *Grünwald* gehe es beim Vorsatz „nur noch um die Wissenskomponente“ und das Wollenselement vom *dolus eventualis* soll normativiert werden²⁸⁷.

Das Defizit unsachlicher Auslegung lässt sich durch eine Psychologisierung des Substrats vom ideellen Unrechtsverständnis beheben. Würde die Verletzung des Anerkennungsverhältnisses als „Erschütterung des Vertrauens in die Geltung der Rechtsordnung“, „Erschütterung der Rechtstreue“ oder „Erschütterung des Sicherheitsgefühls“ in der Allgemeinheit begriffen, könnten sich daraus Thesen der positiven Generalprävention ergeben, die eine objektive Prüfung zulassen; darauf wird in Kapitel 3 einzugehen sein.

3.5.2. Erfolgszurechnung

Die Ansicht von *Tomiač*²⁸⁸ für eine Strafschärfung aufgrund der beiden direkten Vorsatzarten lässt sich in zwei Argumente einteilen. Das erste ist der erhöhte Grad der Gleichgültigkeit wegen des sicheren Wissens. Der im letzten Abschnitt erhobene Einwand findet hier entsprechend Anwendung, dass dadurch das Wissen des Täters unsachlich als seine Gesinnung interpretiert wird²⁸⁹.

Das zweite Argument von *Tomiač* lautet, das Handlungsunrecht sei bei sicherem Wissen und Absicht höher als bei *dolus eventualis*, da sich der Erfolg bzw. die Deliktsverwirklichung bei den ersten beiden Arten dem Täter stärker zurechnen lasse als beim *dolus eventualis*; dies wiederum deshalb, weil der Erfolg bzw. die Deliktsverwirklichung dabei „untrennbar mit dem Handlungsziel verknüpft“ sei. Für den Fall einer absichtlichen Tatbegehung beruht diese Begründung aber auf einem Zirkelschluss, da die „Absicht“ nach der h. M. gerade einen tatbestandlichen Erfolg bzw. eine Deliktsverwirklichung als Handlungsziel bedeute²⁹⁰. Damit wird auf die Frage nach der erhöhten Erfolgszurechnung bei der absichtlichen Tat nur zirkulär geantwortet: „Ziel(-Erreichung) bei der zielstrebigen Tat

²⁸⁶ *Puppe*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 15, Rn. 68; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 74; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (41).

²⁸⁷ *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 150, 153 und Fn. 53 dort.

²⁸⁸ S. 39.

²⁸⁹ Ähnliche Kritik s. *Grünwald*, a.a.O., S. 157 f.

²⁹⁰ *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 46. Aufl. (2016), Rn. 319.

ist deshalb stärker zuzurechnen, weil es (sie) mit dem Handlungsziel untrennbar verknüpft ist.“ Anders formuliert: „Ziel(-Erreichung) ist deshalb stärker zuzurechnen, weil es (sie) einen notwendigen Inhalt eines Handlungsziels darstellt.“

Für das sichere Wissen ist das zweite Argument von *Tomiak* zwar nicht zirkulär begründet, da hier der tatbestandsmäßige Erfolg bzw. die Deliktsverwirklichung kein Handlungsziel darstellt. Es ist aber nicht ersichtlich, warum er (sie) dem Täter stärker zuzurechnen ist, wenn er (sie) ein fester Bestandteil eines Handlungsziels ist, das aber außerhalb des hier betreffenden Tatbestands steht; geschweige denn, wenn das Ziel an sich rechtmäßig ist. Wollte man argumentieren, die Erfolgszurechnung sei beim sicheren Wissen deswegen stärker, da dadurch der Erfolg zum Handlungsziel gesetzt werde und damit eine wissentliche Tat zugleich eine absichtliche darstelle, dann gilt der Vorwurf des Zirkelschlusses im letzten Paragraphen. Liegt der Grund für eine erhöhte Erfolgszurechnung bei sicherem Wissen weder in einem außertatbestandlichen Ziel noch in einer Umdeutung dessen als erhöhte Gleichgültigkeit oder Absicht, dann bleibt keine andere Wahl, als ihn in der Eigenschaft der wissentlichen Handlung als solcher zu ermitteln. Dabei könnte ausgeführt werden, dass bei sicherem Wissen „objektiv ein wesentlich größerer Gefahrengrad besteht“²⁹¹. Das setzt freilich eine hohe Übereinstimmung oder eine starke positive Korrelation zwischen der Gefahrvorstellung und dem tatsächlichen Gefahrengrad voraus. Die empirische Basis dieser Voraussetzung wird später erörtert²⁹².

4. Zusammenfassung des Kapitels

Zur Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen werden seit den 1950er-Jahren von Strafsenaten des BGH und der Literatur viele Wege gebahnt. Auf mehreren Wegen davon werden Richtungsänderungen vorgenommen (→ Abschnitt 1 und 2). Bei genauer Betrachtung stellt sich jedoch heraus, dass keines der von der Rechtsprechung und der Literatur vorgebrachten Argumente, egal ob es um eine (auch teilweise) Bejahung oder Ablehnung der Vorsatzabstufung geht, überzeugt, soweit sie sich primär auf normative Thesen stützten: Die Argumente vom Regelfall, Doppelverwertungsverbot oder von ihrer Verbindung widersprechen dem geltenden Recht sowohl der Strafzumessung als auch des Strafverfahrens (→ Abschnitt 3.2). Die Argumente der Einzelfallbetrachtung und der Gesamtwürdigung ebnen verschiedene Phasen des Strafzumessungsvorgangs zu Unrecht ein (→ Abschnitt 3.3). Die schuldbezogenen Ansichten laufen auf verfassungswidriges Ge-

²⁹¹ So *Hörnle* bei Fn. 175.

²⁹² Kapitel 6: Abschnitt 2.2 (S. 242–247).

sinnungsstrafrecht hinaus, wenn sich aus dem Gesinnungsmerkmal des Vorsatzes keine zuverlässige Information über das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung gezogen werden kann (→ Abschnitt 3.4). Die unrechtsbezogenen Auffassungen sind einer Gefahr unsachlicher Auslegung von psychischen Vorgängen des Täters ausgesetzt, wenn sie aus seiner Absicht oder Wissentlichkeit Folgerungen auf seine Stellungnahme zum gegenseitigen Anerkennungsverhältnis (→ Abschnitt 3.5.1) oder auf seinem Grad der Gleichgültigkeit (→ Abschnitt 3.5.2) ziehen. Letztlich ergibt sich aus dem Argument der Erfolgszurechnung entweder ein Zirkelschluss oder eine fragwürdige Bewertung des Zusammenhangs zwischen der Tat und einem außertatbestandlichen Ziel. Der Ausweg aus der Sackgasse scheint abermals in der Fähigkeit der Vorsatzformen bzw. -elemente, das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung zu signalisieren, zu bestehen (→ Abschnitt 3.5.2).

Angesichts der potenziellen Bedeutung bedarf der Gesichtspunkt vom Risiko für die Tatbestandsverwirklichung einer gründlichen Prüfung, insbesondere auf die empirische Aussagekraft der Vorsatzformen bzw. -elemente für dieses Risiko. Darauf gehen wir aber erst ein, nachdem die anderen Ansätze aufgearbeitet wurden. In der Literatur werden teilweise in Analogie zu den Straftheorien präventive Ansätze für die Vorsatzabstufung geäußert, die sich neben normativen auch erheblichen empirischen Anforderungen stellen müssen. In Kapitel 3 befassen wir uns mit dem Zusammenhang zwischen den Vorsatzformen und den generalpräventiven Bedürfnissen, wobei man wiederum in Analogie zu den Straftheorien zwischen einer negativen und einer positiven Generalprävention zu unterscheiden hat. Die spezialpräventiven Erwägungen kommen in Kapitel 4.

Kapitel 3: Vorsatzabstufung nach dem generalpräventiven Bedarf

Viele neigen seit jeher dazu, beim Anstieg der Kriminalität harte Strafen zu fordern, in der Hoffnung, dass sich die potenziellen Täter dadurch abschrecken lassen („negative Generalprävention“). Man meint, „je härter die Strafen wären, desto mehr schrecken sie ab, desto würde als ihr Zweck erreicht²⁹³“; oder kurz: „viel hilft viel²⁹⁴.“ Mit dem Präventionsgedanken geht auch die Erwartung herein, dass sich die Bevölkerung die im Strafgesetz und der Strafe zum Ausdruck gebrachten Verhaltensnormen zu eigen macht („positive Generalprävention“). Man denke nur an die Konstellationen, bei denen etwa Trunkenheit im Verkehr mit tödlichem Ausgang²⁹⁵ oder (brutaler oder sexueller) Kindesmissbrauch²⁹⁶ die Schlagzeilen erobern. Die negativen sowie positiven generalpräventiven Thesen, ihre Wirksamkeit und insbesondere ihre Beziehung zur Vorsatzabstufung bei der Strafzumessung werden in diesem Kapitel untersucht.

²⁹³ *Krug*, Handwörterbuch, 2. Aufl. (1834), S. 69; in diesem Sinn *Andre*, Mannigfaltigkeiten, 1818, S. 161.

²⁹⁴ Vgl. *Meier*, Sanktionen, 3. Aufl. (2009), S. 24, 28; *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 24, 28.

²⁹⁵ *Gaida, Laura*, „In ihren Augen ist Alkohol ein Freibrief für Straftaten“, 31.01.2019, unter: <https://www.welt.de/vermischtes/plus188024423/Gewalt-im-Rausch-Alkohol-ein-Freibrief-fuer-Straftaten.html> (abgerufen am 14.02.2019); Alkohol am Steuer – so groß ist das Problem in Deutschland, RTL.DE, 23.10.2018, unter: <https://www.rtl.de/cms/alkohol-am-steuer-so-gross-ist-das-problem-in-deutschland-4240574.html> (abgerufen am 14.02.2019); *Weser, Kathleen*, Sachsens Gesetzesinitiative für härtere Strafen bei Taten im Rausch abgelehnt, 14.07.2018, unter: https://www.lr-online.de/nachrichten/sachsen/abgelehnt-sachsen-wollte-haertere-strafen-fuer-taeter-im-rausch_aid-23930137 (abgerufen am 14.02.2019); Härtere Strafen für Trunkenheit bei Gefahrguttransport, verkehrsRUNDschau, 30.07.2012, unter: <https://www.verkehrsrundschau.de/nachrichten/haertere-strafen-fuer-trunkenheit-bei-gefahruttransport-1142517.html> (abgerufen am 14.02.2019).

²⁹⁶ Union will härtere Strafen bei Kindesmissbrauch, DIE WELT, 12.02.2019, unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article188701257/Fraktionsbeschluss-Union-will-haertere-Strafen-bei-Kindesmissbrauch.html> (abgerufen am 14.02.2019); Nach Vorfällen auf Campingplatz, Landesregierung will schärfere Strafen bei Kindesmissbrauch, RP ONLINE, 04.02.2019, unter: https://rp-online.de/politik/deutschland/luegde-nrw-landesregierung-will-haertere-strafen-bei-kindesmissbrauch_aid-36526519 (abgerufen am 14.02.2019); *Losensky, A.*, Wieder ein Skandal-Urteil, das kein Mensch versteht, Bewährung und 1000 Euro Strafe für Kinderschänder, unter: <https://www.bild.de/news/inland/kindesmissbrauch/wird-von-gericht-mit-bewaehrung-und-geldstrafe-abgegolten-54523586.bild.html> (abgerufen am 14.02.2019).

1. Lehre von der Vorsatzabstufung nach negativ-generalpräventiven Erwägungen

Keiner der Befürworter für die Vorsatzabstufung begründet diese explizit mit der negativen Generalprävention. Dies liegt wohl daran, dass die allgemeine Abschreckung als Strafzweck seit langer Zeit in der deutschen Strafrechtswissenschaft weitgehend auf Ablehnung trifft und gerade von den 1980er-Jahren bis Anfang der 1990er-Jahre – die Zeit, in der die Diskussion über die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen zugenommen hatte – war die positive Generalprävention dagegen im Trend²⁹⁷. Immerhin gibt es vereinzelte Lehren, aus denen Thesen für die Vorsatzabstufung auf Grundlage der negativ-generalpräventiven Ansichten gewonnen werden können.

Frisch etwa begründet die erhöhte Bestrafung der Vorsatztaten – im Verhältnis zu Fahrlässigkeitstaten – neben anderen Gesichtspunkten auch mit der Androhungsstrategie: „Die Personen, die »wissen, was sie tun«, bilden [...] unter dem Aspekt effektiven Güterschutzes durch Motivation mit Strafe den Adressatenkreis, an den sich zu wenden am ehesten Aussicht auf Erfolg verspricht“. Denn von diesen Personen könne am allerehesten erwartet werden, dass sie „sich durch das Verhaltensverbot und die Drohung mit Strafe von seinem Verhalten abhalten“ ließen²⁹⁸. Die allgemeine Abschreckung spielt in *Frischs* Lehre der Vorsatzabstufung aber keine Rolle. In den Vordergrund rückten zunächst die Erwägungen der positiven Generalprävention und der Spezialprävention²⁹⁹. Später weist er nicht nur die Spezialprävention als Ziel der Strafzumessung zurück³⁰⁰, sondern er macht jüngst auch deutlich, der Zweck der Strafdrohung sei „eindeutig nicht an den Abschreckungsbedürfnissen [...] orientiert³⁰¹“. Es sei „nicht richtig, den Zweck der Strafdrohung in der Abschreckung, als dem Verzicht auf die Straftat aus Furcht vor der Strafe, zu sehen³⁰²“. Nach der heutigen Ansicht von *Frisch* könne es bei der Strafzumessung also nur um eine Art der „präventiven Bedürfnisse im Rahmen der schuldgerechten Strafe³⁰³“ gehen. „Es geht um nichts weiter als um die – wiederum aus Konsistenzerwägungen notwendige – Fortsetzung des Programms der vom Gesetzgeber mit den gestaffelten Straf-

²⁹⁷ Zur Trendentwicklung des Strafzwecks vgl. *Terlinden*, Von der Spezial- zur positiven Generalprävention, 2009, *passim*; insbesondere zur Entwicklung von den 1970er bis Anfang 1990er-Jahren auf S. 161–168, 193–231.

²⁹⁸ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 96.

²⁹⁹ Zu *Frischs* Argument der positiven Generalprävention vgl. S. 64–65; zu dem der Spezialprävention vgl. Kapitel 4:, S. 129 ff.

³⁰⁰ Vgl. unten S. 132.

³⁰¹ *Frisch*, in: FS Schünemann, 2014, S. 55 (63).

³⁰² *Frisch*, a.a.O., S. 64.

³⁰³ *Frisch*, in: *Frisch* (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 3 (22).

drohungen begonnenen positiven Generalprävention³⁰⁴.“ Die allgemeine Abschreckung stelle allenfalls eine tatsächliche Wirkung der positiv-generalpräventiven Zielverfolgung dar³⁰⁵.

Manche Autoren argumentieren für die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zwar mit den Bedürfnissen der Abschreckung. Sie haben die Diskussion aber nicht auf die Vorsatzabstufung ausgedehnt. Beispielsweise erblicken *Adams/Shavell* zwar die Rechtfertigung der erhöhten Vorsatzbestrafung in der „erhöhten Abschreckung“, die ihrerseits durch die Gefährlichkeit der Vorsatztaten und den „besonders geringe[n] Aufwand beim Täter, ihre Gefährlichkeit zu senken“ getragen wird. „Es genügt sein einfacher Entschluß“, von der Tat abzulassen³⁰⁶. Bei ihnen geht es aber nicht um die Vorsatzabstufung. Es bleibt also unklar, ob sie unterschiedliche Bedürfnisse der Abschreckung auch bei verschiedenen Vorsatzformen anerkennen.

Schünemann ist wohl der einzige, dessen Lehre dahin ausgelegt werden könnte, dass eine Vorsatzabstufung nach den negativ-generalpräventiven Erwägungen möglich ist. Nach ihm lassen sich zur Unterscheidung zwischen dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit die beiden Vorsatzelemente (bei ihm: „Wissen“ und „Gesinnung“) nach ihrer Intensität abstufen. Zunächst nannte er drei Stufen der Gesinnung („die Unerwünschtheit, die Gleichgültigkeit und die Erwünschtheit³⁰⁷“). Später bezeichnete er die Ausprägungen der Gesinnung als „von absichtlich bis äußerst unerwünscht³⁰⁸“. In einem „auf Generalprävention ausgerichteten Strafrecht ist die Gesinnung [...] als durch das bewußte Handeln des Täters manifestierte Maxime seines Handelns zu definieren³⁰⁹“. Obwohl *Schünemann* hier die Variante der Generalprävention nicht designiert, verweist er aber an anderer Stelle mehrfach darauf, dass der Zweck bzw. die Aufgabe des Strafrechts im „Rechtsgüterschutz durch Androhungsgeneralprävention³¹⁰“ bestehe oder „das Zentrum der Straftheorie wieder auf die Androhungsgeneralprävention zurückzuverlagern“ sei³¹¹. Die Strafandrohung habe demnach „sowohl eine positive als auch eine negative generalpräventive Wirkung, denn schon das mit der Strafandrohung versehene Verbot stärkt das allgemeine Rechtsbe-

³⁰⁴ *Frisch*, in: FS Schünemann, 2014, S. 55 (67).

³⁰⁵ *Frisch*, a.a.O., S. 65.

³⁰⁶ *Adams/Shavell*, GA 1990, 337 (356 f.).

³⁰⁷ *Schünemann*, GA 1985, 341 (364); zu *Schünemanns* Ausführung über das Telos und den Maßstab für das Wissenselement des Vorsatzes vgl. S. 35.

³⁰⁸ *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (374).

³⁰⁹ *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (372); *Schünemann*, *Chengchi Law Review* 50 (1994), 259 (270).

³¹⁰ *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 25, Rn. 13, 38; *Schünemann*, in: *Frisch/von Hirsch/Albrecht* (Hrsg.), *Tatproportionalität*, 2003, S. 185 (195 f.).

³¹¹ *Schünemann*, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, S. 109 (117, 121).

wußsein und kommuniziert den Wert des Rechtsgutes, während die angedrohte Strafe in ihrer gedanklichen Antizipierung einen Abschreckungseffekt zeitigt³¹².“ Betrachtet man *Schünemanns* Vorsatzlehre und Strafrechtstheorie als eine schlüssige Einheit, so liegt es nahe, dass sich der Vorsatz nach der Intensität des Gesinnungsmoments, und zwar unter dem Gesichtspunkt der negativen Generalprävention, abstufen ließe, wenn auch er sich nie ausdrücklich dazu geäußert hat.

2. Lehre von der Vorsatzabstufung nach positiv-generalpräventiven Erwägungen

In der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG hat die Strafe unter dem Aspekt der positiven Generalprävention die Aufgaben, „die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen und so die Rechtstreue der Bevölkerung zu stärken“³¹³ und „zugleich künftigen ähnlichen Rechtsverletzungen potenzieller Täter vorzubeugen“³¹⁴.“ Die Rechtsprechung und die Mehrheit der Lehren erkennen die positive Generalprävention als Strafzweck an, der für die Strafzumessung von Bedeutung sein soll – wenngleich sie nach den meisten Lehren nur im Rahmen der Vereinigungstheorie gilt, also durch andere Strafzwecke ergänzt bzw. eingeschränkt wird³¹⁵.

Trotz der Beliebtheit der positiv-generalpräventiven Theorie ist *Frisch* der einzige Autor, der die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen mit dieser Theorie begründet. Er beschreibt zunächst das empirische Substrat der Generalprävention: Die Tatbegehung bringe regelmäßig gewisse „sozialpsychologische Gefahren“ für die Rechtsgüter mit sich. „Sie erschüttert – wird auf sie nicht reagiert – das Vertrauen in die Geltung und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung als verbindliches Verhaltensschema, sie wirkt nicht selten infizierend“³¹⁶.“ Sodann begründet *Frisch* die hervorgehobene Bestrafung der Vorsatztaten – im Verhältnis zu Fahrlässigkeitstaten – mit diesen „sozialpsychologischen Gefahren“: Der vorsätzlich Handelnde entscheide und handele nach anderen Maßstäben als das Gesetz. „Handeln nach vom Recht abweichenden Maßstäben wirkt nicht nur in be-

³¹² *Schünemann*, a.a.O., S. 118.

³¹³ *BVerfG*, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (256). Vgl. dazu *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 26; *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 288

³¹⁴ *BGH*, Urt. v. 8.12.1970 – 1 StR 353/70, BGHSt, 40 (44); *BGH*, Beschl. v. 11.1.2001 – 5 StR 580/00 (Rn. 5).

³¹⁵ *Streng*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 46; *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 35–37; *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 5. Aufl. (2012), Rn. 846, 809; *Schöch*, in: *Frisch* (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 164 (169).

³¹⁶ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 48 f.

sonderem Maße rechtzerschütternd“; „es ist wegen der in ihm enthaltenen konkreten Negation des Gutes unter dem Aspekt der Ansteckungswirkung des schlechten Beispiels auch sozialpsychologisch besonders gefährlich³¹⁷.“ Der erhöhte Strafeinsatz beim vorsätzlichen Handeln erscheint *Frisch* als ein geeignetes Instrument zur Bekämpfung dieser Gefahren. Dabei würden sich diese Erwägungen vor allem auf die positive Generalprävention beziehen³¹⁸. Schließlich stellt *Frisch* für die Vorsatzabstufung jedoch lediglich auf eine der sozialpsychologischen Gefahren, die Rechtzerschütterung, ab. Er geht davon aus, bei Absicht und sicherem Wissen werde „das Vertrauen in die Geltung der Rechtsordnung *in besonderem Maße erschüttert*“³¹⁹ [Hervorhebung im Original]“ und „die Erwartung normtreuen Verhaltens besonders massiv enttäuscht“³²⁰. „Denn bei der Absicht laufe die Zielsetzung den dem Tatbestand zugrundeliegenden rechtlichen Wertungen zuwider. Bei sicherem Wissen könne „selbst der Eindruck der intensivsten überhaupt denkbaren Gefahr den Täter nicht zur Abstandnahme von der Tat bewegen“³²¹.“

Thesen für eine Vorsatzabstufung nach den positiv-generalpräventiven Erwägungen liefert auch *Schünemanns* Vorsatzlehre. Er hält die beiden Elemente des Vorsatzes für abstufbar und fordert, die Gesinnung im Sinne der Generalprävention als Ausdruck der Handlungsmaxime vom Täter zu begreifen. Unter der Generalprävention als legitimer Zweck der Strafandrohung und -verhängung falle auch die positiv-generalpräventive Wirkung der Strafe, dass sie das allgemeine Rechtsbewusstsein stärke und den Wert des Rechtsgutes kommuniziere³²². Es liegt nahe, dass sich der Vorsatz nach der Intensität des Gesinnungsmoments, und zwar unter dem Gesichtspunkt der positiven Generalprävention, abstufen ließe, obgleich *Schünemanns* dies nicht zum Ausdruck gebracht hat. Dennoch bleibt es unklar, worin der Zusammenhang zwischen einer gefährlichen Gesinnung und den positiv-generalpräventiven Bedürfnissen besteht. Man kann nur vermuten, dass sich eine Gesinnung deswegen gefährlicher auswirken könnte, weil sie, wie *Frisch* meint³²³, als schlechtes Beispiel eine größere Ansteckungsgefahr mit sich bringen würde. Dass *Schünemann* anschließend die Absicht als die stärkste Form der rechtsgüterfeindlichen Gesinnung einstuft³²⁴, könnte daher darauf hindeuten, dass die absichtliche Tat eine größere Ansteckungsgefahr mit sich bringen würde als die wissentliche und die bedingt

³¹⁷ *Frisch*, a.a.O., S. 103, 102, Fn. 168 auf S. 104.

³¹⁸ *Frisch*, a.a.O., S. 99–100, 48–49, Fn. 84 auf S. 49.

³¹⁹ *Frisch*, a.a.O., S. 500.

³²⁰ *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (769).

³²¹ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 499 f; *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (768 f.).

³²² Näher S. 63; zu *Schünemanns* Ausführung über das Telos und den Maßstab für das Wissenselement des Vorsatzes vgl. S. 35.

³²³ Bei Fn. 317.

³²⁴ *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (374); *Schünemann*, GA 1985, 341 (364).

vorsätzliche Tat.

3. Rezeption

Die Lehre der Vorsatzabstufung nach den generalpräventiven Erwägungen bleiben weitgehend unbeachtet³²⁵ und, wenn doch erwähnt wird, erfährt kaum normative Kritik.

Um Beispiele für das Außerachtlassen der generalpräventiven Argumente zu nennen: *Grünwald* führt über zwanzigmal *Frischs* Meinung zur Vorsatzabstufung an. Dabei konzentriert sie sich lediglich auf *Frischs* Erläuterungen über die Beziehung der Vorsatzformen zum Unrechtsgehalt, nicht aber zur Generalprävention³²⁶. *Stam* setzt sich jüngst mit sechs Argumenten für die Vorsatzabstufung auseinander und weist alle zurück. In seiner Diskussion steht *Frischs* Argument, dass das absichtliche Handeln „in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung zu erschüttern“³²⁷. *Stams* Kritik an diesem Argument erfolgt freilich primär normativ und bezieht sich, wenn es sich überhaupt um Empirie geht, auf das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung, die die Perspektive des potenziellen Opfers einnimmt. *Frischs* generalpräventive Überlegung in diesem Argument, dass die Straftaten und Strafen sozialpsychologische Folgen für potenzielle Täter haben könnten, wird nicht diskutiert³²⁸.

Küpers hat in seiner Buchbesprechung zu *Frischs* Habilitationsschrift „Vorsatz und Risiko“ das Argument vom sozialpsychologischen Ansteckungseffekt kritisiert. Dieser Effekt lasse sich „durchaus bezweifeln und empirisch so allgemein wohl kaum belegen“³²⁹. Seine Kritik richtet sich jedoch lediglich gegen den Teil des Arguments, mit dem *Frisch* die erhöhte Bestrafung der Vorsatztaten im Vergleich zu Fahrlässigkeitstaten begründet. Nach *Küper* könne dieses „generelle Strafbarkeitsgefälle“ nur mit den soziaethische

³²⁵ Weder die Ansicht von *Frisch* noch die von *Adams/Shavell* wird erwähnt, wenn die folgenden Schriften über die Vorsatzabstufung diskutiert: *Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46, Rn. 45a; *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 46, Rn. 45a; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. (2018), § 46, Rn. 45; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 46, Rn. 45; *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK-StGB*, 34. Ed. (2017), § 46, Rn. 106, 106.1; *Streng*, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 55; *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 202; *Puppe*, in: *NK-StGB*, 4. Aufl. (2013), § 15, Rn. 80; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 75 f; *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 5. Aufl. (2012), Rn. 618; *Jakobs*, ZStW 123 (2011), 313 (316); *Jakobs*, AT, 2. Aufl. (1991), 8/8; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 148–160; *Horn*, in: *SK-StGB*, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 111; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 260–263; *Fahl*, Regeltatbild, 1996, S. 150–155.

³²⁶ *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 148–160.

³²⁷ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 499.

³²⁸ *Stam*, JZ 73 (2018), 601 (605).

³²⁹ *Küper*, GA 1987, 479 (501)

Wertvorstellungen rechtfertigen, „die man nicht zweckrational verformen sollte³³⁰.“ *Frisch*s Lehre der Vorsatzabstufung hat *Küper* nur zusammengefasst³³¹; eine Auseinandersetzung mit dieser Lehre fand aber nicht statt.

Ähnlich verhält es sich beim 2. *Strafsenat* des BGH. Er führte zwar *Frisch*s Argument für eine generalpräventive Vorsatzabstufung an: „Insbesondere der mit ‚Absicht‘ Tötende erschüttere das Vertrauen der Bevölkerung in die Normgeltung in besonderem Maße.“ Anschließend begründete der Senat die Vorsatzabstufung aber nur mit dem Unterschied im Unrechts- und Schuldgehalt (bzw. Handlungsunrecht und Tatschuld). Von der Generalprävention war dabei gar keine Rede³³². Mit dem 2. *Strafsenat* gehen neuerlich *Schneider* und *Kett-Straub* davon aus, dass Tötungsabsicht ein legitimer Strafschärfungsgrund sein könne, da eine absichtliche Tötung „das Normgeltungsvertrauen der Rechtsgenossen besonders nachhaltig“ erschüttere. Keiner von ihnen bespricht aber die generalpräventive Berücksichtigung, die *Frisch* mit dieser Ausdrucksweise meinte. Für *Schneider* und *Kett-Straub* begründet die besonders nachhaltige Erschütterung des Normgeltungsvertrauens „vielmehr ein signifikant gesteigertes Ausmaß des Handlungsunrechts³³³.“ Mit anderen Worten: Die Vorsatzart erhöhe das verwirklichte Unrecht oder schwäche es ab³³⁴.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass selbst *Frisch* die Lehre von der Vorsatzabstufung nach ihrer ersten Veröffentlichung nicht mehr mit der Generalprävention begründet³³⁵, obwohl er 2000 noch für eine klare Antwort des BGH auf die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen plädiert. Dort hält *Frisch* nur noch daran, dass, im Verhältnis zum nur bedingt vorsätzlichen Täter, der absichtliche Täter die Rechtsordnung „fundamentaler und nachhaltiger in Frage stellt“, weil er „auf Beseitigung oder Zerstörung von Rechtsgütern geradezu zielt.“ In der Fußnote zu diesem Argument bezeichnet *Frisch* seine Meinung im Jahr 1983 als „dort allerdings noch in teilweise generalpräventiver Einbettung³³⁶“, was nur in dem Sinne verstanden werden kann, dass er diese „Einbettung“ nicht mehr vertreten will.

Jenseits der Problematik der Vorsatzabstufung spricht *Frisch* der positiven Generalprävention eine Rolle für die Strafe zu. Das Gewicht dieser Rolle verändert sich freilich ständig und deren empirischen Sinn lässt sich immer nach. Um die Jahrtausendwende hat *Frisch* die positive Generalprävention als „gekleidete Reformulierung“ von Bestim-

³³⁰ *Küper*, a.a.O., S. 502.

³³¹ *Küper*, a.a.O., S. 499.

³³² BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 Rn. 12–13, 15, 18, 20–22, 25, 31.

³³³ *Schneider*, in: MK-StGB, 3. Aufl. (2017), § 212, Rn. 86.

³³⁴ *Kett-Straub*, NSTZ 38 (2018), 535 (537).

³³⁵ *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (768 f.).

³³⁶ *Frisch*, in: FG BGH, 2000, S. 269 (290) und Fn. 70 dort.

mungsfaktoren der Schuldstrafe bezeichnet, die keine eigenständige oder doch nur eine nebensächliche Bedeutung bekommen sollen³³⁷. Später sieht *Frisch* in der positiven Generalprävention aber den „wahre[n] Zweck“ der Strafandrohung, Strafverhähung, Strafzumessung und Schuldstrafe³³⁸. Dabei rückt *Frisch* die ideelle Bedeutung der Strafen in den Vordergrund, dass die Strafen das in den Tatbeständen umgeschriebene „grundsätzliche Ausmaß der Unwertigkeit und Strafwürdigkeit jener Taten zum Ausdruck bringen.“ Auf der empirischen Seite bleibt allenfalls die bloße Hoffnung, dass die Strafen „langfristig [...] das Rechtsbewusstsein der Bürger formen und stärken“ und „im Zusammenspiel mit moralischen und sonstigen vorrechtlichen Bewertungen langfristig zu rechtlich richtigem Verhalten anleiten³³⁹.“ Im Ergebnis besagt *Frischs* heutige Meinung nichts anderes als die Formel: „Positive Generalprävention durch gerechte Strafe³⁴⁰.“

Auf der anderen Seite spricht *Frisch* der negativen Generalprävention nach wie vor keine Rolle für die Strafzumessung zu³⁴¹. Es sei „nicht richtig, den Zweck der Strafdrohung in der Abschreckung, also dem Verzicht auf die Straftat aus Furcht vor der Strafe, zu sehen.“ Es sei aber natürlich nicht unrecht, wenn der Versuch des Gesetzgebers, Prävention durch gerechte Strafe, misslingt und die Straftat „rein tatsächlich“ durch Furcht verhindert wird³⁴².

In einem neueren Werk bekräftigt *Frisch* seine Überzeugung, dass die beiden generalpräventiven Theorien empirisch nicht haltbar sind. Diese Theorien seien „nicht nur deshalb inakzeptabel, weil sie – mangels hinreichender empirischer Erkenntnisse – in Wahrheit keine Maßstäbe biete[n] und zur Maßlosigkeit neig[en].“ Inakzeptabel seien sie „auch deshalb, weil sie den Straftäter instrumentalisier[en] oder – mit den Worten *Kants* – unter die Gegenstände des Sachenrechts meng[en]³⁴³.“ Daran lässt sich erkennen, dass *Frisch* die Lehre von der Vorsatzabstufung zwar weiter vertritt, aber nicht mehr mit der empirischen Wirkung der Generalprävention begründen will.

³³⁷ *Frisch*, a.a.O., S. 306.

³³⁸ *Frisch*, in: FS Schünemann, 2014, S. 55 (64, 67–68); *Frisch*, in: *Frisch* (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 3 (22).

³³⁹ *Frisch*, in: FS Schünemann, 2014, S. 55 (63 f.); *Frisch*, GA 2019, 185 (194).

³⁴⁰ Näher S. 109–110.

³⁴¹ *Frisch*, in: *Frisch* (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 3 (21).

³⁴² *Frisch*, in: FS Schünemann, 2014, S. 55 (64 f.).

³⁴³ *Frisch*, GA 2019, 185 (187).

4. Normative Zulässigkeit

Es stellt sich nach dem Gesagten heraus, dass heute über eine Lehre von der Vorsatzabstufung nach den generalpräventiven Erwägungen kaum diskutiert wird. Es gibt allerdings jede Menge Literatur über die generalpräventive Strafzumessung. Im Folgenden ist daher aufzuklären, ob die Kritiken gegen die generalpräventive Strafzumessung auch für die Vorsatzabstufung gilt. Dabei werfen wir zunächst einen Blick auf die normativen und danach die empirischen Kritiken.

4.1. Normative Kritiken an der negativen Generalprävention

4.1.1. Der Gegenstand

Die bekannteste Version der negativen Generalprävention ist wohl *Feuerbachs* Theorie der allgemeinen Abschreckung durch psychologischen Zwang.

Feuerbach sieht den „psychologischen Entstehungsgrund“ aller Straftaten „in der Sinnlichkeit, in wiefern das Begerungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben wird“. „Dieser sinnliche Antrieb kann dadurch aufgehoben werden, daß jeder weiß, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches größer ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That“, d. h. aus dem Verzicht auf die Begehung entspringe³⁴⁴. Um „die allgemeine Ueberzeugung von der nothwendigen Verbindung solcher Uebel“ mit Straftaten zu begründen, müsse das Gesetz die Übel als notwendige Folge der Tat bestimmen und jeder Tat das damit gesetzlich verbundene Übel zugefügt werden³⁴⁵. Diese Übel seien die Strafe³⁴⁶. Die geschilderte Wirkungsweise der Strafe, durch Strafandrohung und -zufügung die Allgemeinheit von der Wirksamkeit der gesetzlichen Drohung zu überzeugen und schließlich von der Tatbegehung abzuschrecken, bilden nach *Feuerbach* den psychologischen Zwang³⁴⁷.

Ähnliche Meinungen waren vor und zu *Feuerbachs* Zeiten üblich. So geht *Beccaria* z. B. davon aus, der Zweck der Strafen sei „die Abschreckung der Anderen³⁴⁸“, d. h. „Anderere von ähnlichen Handlungen abzuhalten³⁴⁹.“ In Bezug auf den Mechanismus der Ab-

³⁴⁴ *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), § 13; *Feuerbach*, Lehrbuch, 1. Aufl. (1801), § 17.

³⁴⁵ *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), § 14; *Feuerbach*, Lehrbuch, 1. Aufl. (1801), § 18.

³⁴⁶ *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), § 15; *Feuerbach*, Lehrbuch, 1. Aufl. (1801), § 19.

³⁴⁷ *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), § 16; *Feuerbach*, Lehrbuch, 1. Aufl. (1801), § 20.

³⁴⁸ *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1851, S. 27.

³⁴⁹ *Beccaria*, a.a.O., S. 40 f.

schreckung macht er geltend: „Es müssen also die Hindernisse, welche die Menschen von Verbrechen abhalten sollen, um so größer sein, [...] je stärker der Antrieb ist, aus dem sie hervorgehen³⁵⁰.“

Nach *Stübel* entfalte das Strafgesetz die „moralische Prävention“ (d. h. psychische Prävention) dadurch, dass es in ihm „bestimmt ist, dass jedem Beleidiger [d. h. Verbrecher] eine Gewalt zugefügt werden solle, deren nachtheilige Folgen [...] die von der unrechtmässigen Handlung zu hoffenden Vortheile überwiegen, um dadurch schon einen entstandenen pflichtwidrigen Willen davon abzulenken³⁵¹.“

Auch nach *Grolman* soll „die abschreckende Strafe [...] durch erregte sinnliche Leiden be[i] dem Verbrecher die Vorstellung erzeugen, daß selbst die Sinnlichkeit nur be[i] der Unterlassung der Verbrechen ihr Interesse finden könne³⁵².“ Zu diesem Zweck müsse die abschreckende Strafe zur Verschiedenheit der Verbrechen im Verhältnis stehen³⁵³. Die durch die abschreckende Strafe an das Verbrechen geknüpften sinnlichen Übel „müssen daher so groß sein, daß sie das ganze Interesse, welches die Sinnlichkeit des Menschen an der entgegengesetzten Vorstellung hat, vollständig aufwiegen, und je größer dieses Interesse erscheint, [...] um so größer muß die Strafe sein, von welcher Abschreckung soll erwartet werden können³⁵⁴.“

4.1.2. „Menschen wie Tier behandelt“

Der Theorie des psychologischen Zwangs widerspricht *Hegel*. Seine Kritik richtet sich insbesondere gegen *Feuerbachs* Formulierungen von „Drohung“ und „Androhung“ durch Strafen³⁵⁵: Die Drohung „setzt den Menschen als nicht Freien voraus und will durch die Vorstellung eines Uebels zwingen“. „Das Recht und die Gerechtigkeit müssen aber ihren Sitz in der Freiheit und im Willen haben, und nicht in der Unfreiheit, an welche sich die Drohung wendet.“ „Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Mensch wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt.“

Diese Kritik spitzt sich beim Hegelianer *Berner* zu, demzufolge die Abschreckungstheorie *Feuerbachs* „tierische Züchtigung und menschliche Strafe auf ein und derselben Basis“ ruhen lasse, weil auch das Tier „einer Assoziation der Vorstellungen von That und

³⁵⁰ *Beccaria*, a.a.O., S. 64.

³⁵¹ *Stübel*, System des allgemeinen peinlichen Rechts, 1795, § 14

³⁵² *Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3. Aufl. (1818), § 63.

³⁵³ *Grolman*, a.a.O., § 76.

³⁵⁴ *Grolman*, a.a.O., § 77.

³⁵⁵ *Hegel*, Grundlinien, 1833, §§ 99 Zusatz.

Strafe“, wie z. B. von der Fleischschüssel und dem Schmerz der erlittenen Schläge, „sehr wohl fähig“ sei. Der Unterschied bestehe lediglich darin, „dem Tier wird die Vorstellung der Strafe allerdings nur durch den Prügel beigebracht werden könne, während sie im Menschen durch das Wort des Gesetzes erregt wird³⁵⁶.“ In Anlehnung an *Ernst Ferdinand Klein* verweist *Berner* darauf, die der tierischen Züchtigung ähnliche Abschreckung lasse „die Würdigkeit des Subjekts ganz dahin gestellt sein“. Das Strafgesetz setze freilich „nicht die bloße Möglichkeit der sinnlichen Einwirkung [...], sondern [...] die Möglichkeit, daß das zu bestrafende Subjekt, als Mensch, die Vernunft hätte herrschen lassen können“, voraus. „An die Vernunft und an die Freiheit muß das Strafgesetz gerichtet sein³⁵⁷.“

4.1.3. „Menschen zum bloßen Mittel herabgesetzt“

Eine andere Richtung der Kritik an der negativen Generalprävention wird aus der „Objektformel“ *Kants* abgeleitet. *Kant* meinte: „Die Menschen selbst ist eine Würde; den der Mensch kann von keinem Menschen (weder von Anderen noch so gar von sich selbst) bloß als Mittel, sondern muss jederzeit zugleich als Zweck gebraucht werden und darin besteht seine Würde³⁵⁸.“

Roxin führte 1966 unter Verweis auf *Kant* aus: „Eine Rechtsordnung, für die der einzelne nicht Objekt, sondern Träger der staatlichen Gewalt ist, darf ihn nicht zum bloßen Abschreckungsmittel denaturieren³⁵⁹.“ *Jakobs* ist der Ansicht, die abschreckende Wirksamkeit der Strafe dürfe „nur ein – willkommener – Nebeneffekt“ und kein Strafzweck sein, „weil ansonsten der bestrafte Mensch als bloßes Mittel für die Vorteile anderer Menschen mißbraucht würde³⁶⁰.“ *Pawlik* wirft der Theorie negativer Generalprävention vor, den Täter nicht als gleichberechtigtes Mitglied der Rechtsgemeinschaft zu behandeln. „Diesen anderen Gesellschaftsmitgliedern wird mittels der Bestrafung des Täters vor Augen geführt, dass Kriminalität sich nicht lohnt. [...] Es wird also nicht mehr (auch) *mit* dem Verurteilen gesprochen, sondern nur *vermittels* seiner. [...] Auf diese Weise lässt sich lediglich ein Akt der *Exklusion* begründen, aber keine Rechtsstrafe³⁶¹ [Hervorhebung im Original].“

³⁵⁶ *Berner*, Imputationslehre, 1843, S. 32.

³⁵⁷ *Berner*, a.a.O., S. 33 f.

³⁵⁸ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 2. Aufl. (1803), § 38.

³⁵⁹ *Roxin*, JuS 6 (1966), 377 (384).

³⁶⁰ *Jakobs*, AT, 2. Aufl. (1991), 1/27.

³⁶¹ *Pawlik*, in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz, 2010, S. 59 (65 f.); *Pawlik*, in: FS Rudolphi, 2004, S. 213 (216 f.). Er zitiert BVerfG, Beschl. v. 9.6.1970 – 1 BvL 24/69, BVerfGE, 386 (391).

4.2. Normative Kritiken an der positiven Generalprävention

Gegen die positive Generalprävention werden teilweise ähnliche normative Einwände vorgebracht wie gegen die negative Generalprävention. *Roxin* geht z. B. davon aus, die Bestrafung aus positiv-generalpräventiven Gründen verstoße gegen die Menschenwürde, weil „den Täter allein um der Allgemeinheit (also anderer) willen“ belaste³⁶².

Manche befürchten, dass bei der Verfolgung des positiv-generalpräventiven Strafzwecks auch illegitime Verhaltensnormen auf Kosten des Handelnden gestärkt werden. So weist *Wolff* darauf hin, die Strafe sei unrichtig, wenn die Norm (z. B. bestimmte Personengruppen aus biologischen Gründen zu töten) an sich unrichtig sei. „Die Bestrafung fügt dann einem Anderen deswegen Leid zu, um Dritte in ihrem Irrtum zu bestätigen. Um der Nützlichkeit willen wird ein System öffentlicher Unwahrheit propagiert³⁶³.“ *Pawlik* geht ein Stück weiter und rügt: „Es würde nicht nur [...] dem Verurteilten, sondern der gesamten ‚unaufgeklärten‘ Bevölkerung die kommunikative Gleichheit abgesprochen“, wenn die Bevölkerung die Strafe aus normativ falschen Gründen befürworte und die Anhänger der positiven Generalprävention so täten, „als teilten sie deren [...] unvernünftiges Interesse³⁶⁴.“

Selbst *Frisch*, der die Vorsatzabstufung einst mit den positiv-generalpräventiven Bedürfnissen begründet hat, übt nunmehr, wie gezeigt³⁶⁵, die *Kantische* Kritik an der positiv-generalpräventiven Strafzumessung.

4.3. Rechtsprechung und die herrschende Lehre

Das *BVerfG* geht zwar ebenso von der *Kantischen* Idee aus, „es widerspricht der menschlichen Würde, den Mensch zum bloßen Objekt im Staat zu machen³⁶⁶.“ Es hat gerade aus diesem Gedanken den verfassungsrechtlichen Grundsatz „*nulla poena sine culpa*“ (Schuldgrundsatz) gefolgt. Nach dem *BVerfG* wurzele der Schuldgrundsatz im Rechtsstaatsprinzip, der Würde sowie der Eigenverantwortlichkeit des Menschen (Art. 103 Abs. 2, Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG). Zur *Rechtsstaatlichkeit* gehöre die materielle Gerechtigkeit, derzufolge der strafrechtliche Vorwurf eine Schuld voraussetze und die Strafart sowie -höhe „in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Ver-

³⁶² *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 32.

³⁶³ *Wolff*, ZStW 97 (1985), 786 (802 f.).

³⁶⁴ *Pawlik*, in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz, 2010, S. 59 (76 f.).

³⁶⁵ Bei Fn. 343.

³⁶⁶ *BVerfG*, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (228); *BVerfG*, Beschl. v. 16.7.1969, BVerfGE, 1 (6); *BVerfG*, Beschl. v. 5.10.1965 – 2 BvL 13 (Rn. 11).

schulden des Täters stehen“ müssten³⁶⁷. Die *Eigenverantwortlichkeit* bedeute, dass „der Täter nicht für vermutete kriminelle Neigungen Dritter büßen muß, sondern nach seiner Tat und seiner Schuld bestraft wird“³⁶⁸. Bei der Strafzumessung dürfe er „nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung“ gemacht werden, da dies ihn nicht „als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt“ und daher seiner menschlichen Würde widerspreche³⁶⁹.

Führt man diese Ansicht des *BVerfG* weiter, würde man zu dem Schluss gelangen, dass eine Strafschärfung aus den – egal ob negativ oder positiv – generalpräventiven Erwägungen verfassungswidrig wäre. Denn eine solche Strafschärfung würde nichts anderes bedeuten, als dass der Täter „für vermutete kriminelle Neigungen Dritter büßen“ müsste. Das *BVerfG* hat diese Schlussfolgerung aber nicht gezogen, sondern durch Übernahme der „Vereinigungstheorie“ die beiden Aspekten der Generalprävention als legitime Strafzwecke anerkannt³⁷⁰. Darüber hinaus tritt das *BVerfG* der „Spielraumtheorie“ für Strafzumessung bei³⁷¹, die im Prinzip für die Strafschärfung wegen präventiver Berücksichtigung spricht.

Der *BGH* hat bereits im Jahr 1954, weit vor der ersten Entscheidung des *BVerfG* zum Schuldgrundsatz, mit der *Spielraumtheorie* dessen Verletzung geschickt umgangen. Nach dieser Theorie bestehe bei der Strafzumessung „ein Spielraum, der nach unten durch die schon schuldangemessene Strafe und nach oben durch die noch schuldangemessene Strafe begrenzt wird. Der Tatrichter darf die obere Grenze nicht überschreiten“. Innerhalb dieses Spielraums dürfe er aber anderen Strafzwecken – einschließlich der General- und Spezialprävention – Raum geben. Wenn z. B. der Tatrichter zwischen den verschiedenen schuldangemessenen Strafen „aus dem Gedanken allgemeiner Abschreckung die schwerste Strafe wählt, so bedeutet das keinen Rechtsirrtum“³⁷².

³⁶⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 25.10.1966, BVerfGE, 323–336 (331); *BVerfG*, Beschl. v. 26.2.1969, BVerfGE, 269–295 (285); *BVerfG*, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (259); *BVerfG*, Beschl. v. 17.1.1979, BVerfGE, 205 (214 f.).

³⁶⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 9.6.1970 – 1 BvL 24/69, BVerfGE, 386 (391).

³⁶⁹ *BVerfG*, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (228); *BVerfG*, Beschl. v. 17.1.1979, BVerfGE, 205 (215); *BVerfG*, Urt. v. 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE, 133 (171).

³⁷⁰ *BVerfG*, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (254–256); *BVerfG*, Beschl. v. 9.6.1970 – 1 BvL 24/69, BVerfGE, 386 (391); *BVerfG*, Beschl. v. 26.2.1969, BVerfGE, 269–295 (294).

³⁷¹ *BVerfG*, Urt. v. 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE, 133 (173); *BVerfG*, Beschl. v. 16.3.1994 – 2 BvL 3/90, 4/91 und 2 BvR 1537/88, 400/90, 349/91, 387/92, BVerfGE, 1 (30); *BVerfG*, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (254).

³⁷² *BGH*, Urt. v. 10.11.1954 – 5 StR 476/54, BGHSt 1954, 28 (32); *BGH*, Urt. v. 4.8.1965 – 2 StR 282/65, BGHSt, 264 (11); *BGH*, Urt. v. 28.2.1979 – 3 StR 24/79 (L), BGHSt, 318 (326); *BGH*, Beschl. v. 28.3.1984 – 2 StR 137/84 (Rn. 6). Entwicklungsgeschichte: *Bruns*, Strafzumessung, 2. Aufl. (1985), S. 106.

Die Vereinigungstheorie für den Strafzweck³⁷³ und die Spielraumtheorie für die Strafzumessung³⁷⁴ werden auch von der h. M. ständig vertreten, wenn auch im Einzelnen die relative Bedeutsamkeit von Schuld, General- und Spezialprävention unterschiedlich bewertet wird.

Anders als die Rechtsprechung und die h. M. lehnen die Stellenwerttheorie und die Lehre von der Tatproportionalität die generalpräventive Erwägungen auch innerhalb des schuldangemessenen Strafrahmens ab. Ihre Begründungen sind aber – wie in den nächsten Abschnitten noch zu zeigen sein wird – empirisch, verweisen auf die Unbeweisbarkeit der Generalpräventionen oder die Untauglichkeit, „eine bestimmte Strafhöhe an Gesichtspunkten der Prävention auszurichten“³⁷⁵.

4.4. Stellungnahme

4.4.1. Homo oeconomicus in der Abschreckungstheorie

Die *Hegelsche* Kritik, dass die Lehre der negativen Generalprävention den Menschen ihre Freiheit aberkennen und sie wie Tier behandeln würde, basiert zum Teil auf einem *Missverständnis*.

Es lässt sich zwar nicht leugnen, dass die Furcht vor Strafe eine Rolle in der Abschreckungstheorie spielt. Schon *Beccaria* begründet beispielsweise die abschreckende Kraft der Strafe zum Teil mit der Furcht, Schmerz oder Leiden. So meint er: „Wer den Schmerz fürchtet, gehorcht dem Gesetze“³⁷⁶; oder: „die Gewissheit, dass eine, wenn auch milde Strafe eintrete, wird immer einen viel größern Eindruck machen als die Furcht vor einer viel schrecklicheren, wenn sie die Hoffnung auf Straflosigkeit nicht ausschließt“³⁷⁷.“ Er

³⁷³ *Streng*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 97; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), Rn. 35; *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 35; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 77 f.; vgl. auch *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 286; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. (2018), § 46, Rn. 2; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 46, Rn. 2; *Miebach/Maier*, in: MK-StGB, 3. Aufl. (2016), § 46, Rn. 42, 47.

³⁷⁴ *Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46, Rn. 5; *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 46, Rn. 5; *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, 34. Ed. (2017), § 46, Rn. 5.1; *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 829; *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 167; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), Rn. 35; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 881; *Bruns*, Strafzumessung, 2. Aufl. (1985), S. 106. Gründliche Kritik: *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 27–76.

³⁷⁵ Stellenwerttheorie: *Horn*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 26–27, 10, 30. Lehre von der Tatproportionalität: *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 21, 83, 92; *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 24–27.

³⁷⁶ *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1851, S. 86.

³⁷⁷ *Beccaria*, a.a.O., S. 58.

will ferner die Todesstrafe durch die „Strafe ewiger Sklaverei“ ablösen, weil die Letztere mehr enthalte, was zur Abschreckung nötig sei. Sie sei „sogar noch grausamer“ als der Tod, „wenn man alle unglücklichen Momente der Sklaverei zusammen nimmt“. Denn das menschliche Gemüt widerstehe eher „dem heftigsten aber vorübergehenden Schmerz, als der Zeit und ununterbrochenem, nimmer endendem Mühsal³⁷⁸.“ *Grolman* drückt noch deutlicher aus: „Die abschreckende Strafe soll durch erregte sinnliche Leiden be[i] dem Verbrecher die Vorstellung erzuegen, daß selbst die Sinnlichkeit nur be[i] der Unterlassung der Verbrechen ihr Interesse finden könne³⁷⁹.“ Ähnliche theoretische Ansätze im Sinne von Furcht bzw. Angst vor der Entdeckung oder Verhaftung werden noch in der heutigen kriminologischen Forschung vertreten³⁸⁰. Jüngste empirische Studien deuten darauf hin, dass die Frucht bzw. Angst vor Strafe bei einigen Tatbeständen abschreckend wirken kann³⁸¹. Nach einigen Studien soll sie noch effizienter abschrecken als die subjektive Strafwahrscheinlichkeit und die Selbstkontrolle³⁸², obwohl dieser Effekt nur bei den potenziellen Tätern, die sich bei der kriminellen Entscheidung eher emotional verhalten, zu sehen ist³⁸³.

Ob und inwiefern die Furcht vor der Bestrafung abschreckend wirkt, stellt eine wichtige empirische Frage dar, die hier aber dahinstehen kann. Bei der Diskussion über den Zusammenhang zwischen der Furcht und dem Verbrechen übersieht man oft, dass die Abschreckungstheorie in erster Linie nicht auf der Furcht vor der Strafe beruht. So macht *Beccaria* klar, „dass die Strafe nicht etwa zum Zweck hat, einem empfindenden Wesen Leid und Schmerzen zuzufügen“. Dagegen sollen die Strafen „dem Überführten möglichst wenig körperliches Leid zufügen³⁸⁴.“ *Feuerbach* meint auch, die Strafe habe „nicht zum Zweck und Rechtsgrund [...] Abschreckung Anderer durch die Schmerzen des dem Missethäter zugefügten Uebels, denn hierzu giebt es kein Recht³⁸⁵.“

³⁷⁸ *Beccaria*, a.a.O., S. 46 f.

³⁷⁹ *Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3. Aufl. (1818), § 63.

³⁸⁰ *Nee/Ward*, in: *Nee/Ward* (Hrsg.), Expertise, 2015, S. 1 (6); *Cherbonneau/Copes*, British Journal of Criminology 46 (2006), 193 (206 f.); *Brookman*, in: *Nee/Ward* (Hrsg.), Expertise, 2015, S. 42 (47).

³⁸¹ *de Vries/Pathak/Van Gelder u. a.*, Personality and Individual Differences 117 (2017), 188 (192, 195) (Korruption am Arbeitsplatz); *Bouffard*, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 59 (2015), 1385 (1398–1401) (Autofahren unter Alkoholeinfluss); *Cherbonneau/Copes*, British Journal of Criminology 46 (2006), 193 (206 f.) (Autodiebstahl); grundlegend zur „Modelle der dualen Prozesse“ vgl. bei Fn. 1220.

³⁸² *Pickett/Roche/Pogarsky*, Criminology 50 (2017) (1, 12, 18–19) (Versicherungsbetrug, Autofahren unter Alkoholeinfluss, Hehlerei).

³⁸³ *Van Gelder/de Vries*, Journal of Quantitative Criminology 30 (2014), 1 (19–21) (illegales Herunterladen und Versicherungsbetrug).

³⁸⁴ *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1851, S. 40 f.

³⁸⁵ *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), § 18.

Bei den Vorreitern der Abschreckungstheorie, namentlich bei *Beccaria*, *Stübel*, *Feuerbach* und *Grolman*, tritt vielmehr ein Menschenbild vom *Homo oeconomicus* deutlich zutage, der die Maximierung von Lust und die Minimierung von Unlust verfolgt. Dies lässt sich am besten daran erkennen, dass diese Autoren die Verhältnismäßigkeit zwischen Strafen und Verbrechen, auf der die Nutzen-Kosten-Überlegung der potenziellen Täter beruhe, hervorheben³⁸⁶. *Beccaria* verweist z. B. darauf, es gebe „keinen Menschen, der, bei ruhiger Ueberlegung um eines noch so reich lohnenden Verbrechens willen den gänzlichen, ewigen Verlust seiner Freiheit sich zuziehen wollte“³⁸⁷. Zur Erreichung des Strafzwecks genüge ein Übel, „welches das durch's Verbrechen erreichbare Gute überwiegt“. Er kam außerdem zu dem Schluss, „was drüber hinausgeht, ist also überflüssig und deshalb tyrannisch“³⁸⁸.

In knapp 200 Jahren empirischer Forschung zum Abschreckungseffekt³⁸⁹ liegt den meisten Studien das Menschenbild eines *Homo oeconomicus* zugrunde. Dadurch wird der Täter keineswegs als Tier behandelt, sondern als ein *vernünftiges* Wesen, das Nutzen und Kosten kalkuliert und sich für das Tun oder Unterlassen entscheidet. Nennenswert ist darüber hinaus, dass seit den 1980er-Jahren die allgemeine Abschreckung immer mehr unter der Bezeichnung „Theorie der rationalen Wahl“ (engl.: „rational choice theory“) erforscht wird³⁹⁰. Erst neuerlich untersuchen vereinzelte Studien die Wirkung der Furcht vor Strafe³⁹¹.

Im Ergebnis ist den neuen Ansichten zuzustimmen, wie etwa *Frisch* bemerkt: die *Hegelsche* Kritik sei „mehr als Kritik an der Überzogenheit der Theorie des psychologischen Zwangs denn als Ablehnung der Generalprävention“ zu verstehen³⁹². Oder wie *Hörnle*, in Anlehnung an *Greco*, darauf hinweist: „Solche Behauptungen überdehnen [...] die Reichweite des Instrumentalisierungsverbotes, das allenfalls für extreme Fälle staatlicher Eingriffe als absolutes Verbot begründet werden kann“³⁹³. Da es bislang – zumindest in der Strafrechtswissenschaft und Kriminologie des demokratischen Deutschlands – keine derartig übertriebene Theorie gibt, die den Zweck sowie die Wirkungsweise der Strafe

³⁸⁶ Vgl. oben S. 69.

³⁸⁷ *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1851, S. 46.

³⁸⁸ *Beccaria*, a.a.O., S. 41.

³⁸⁹ Vgl. unten S. 82.

³⁹⁰ Vgl. *Baurmann*, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 1 (4).

³⁹¹ *Pickett/Roche/Pogarsky*, *Criminology* 50 (2017) (1); *Bouffard*, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 59 (2015), 1385 (1393–1394, 1401); *Van Gelder/de Vries*, *Criminology* 50 (2012), 637 (650). Vgl. dazu *Van Gelder*, in: *Bernasco* (Hrsg.), *Handbook*, 2017, S. 466 (473 f.).

³⁹² *Frisch*, in: FS Schünemann, 2014, S. 55 (58).

³⁹³ *Hörnle*, in: FS Roxin, 2011, S. 3 (15); *Hörnle*, *Straftheorien*, 2011, S. 47; *Greco*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, S. 163 ff.

ausschließlich in der Furcht erblickt, läuft die *Hegelsche* Kritik weitgehend ins Leere.

4.4.2. Kein bloßes Objekt innerhalb des angemessenen Schuldrahmens

Auch die *Kantische* Kritik trifft nicht zu. Nur wenn man davon überzeugt ist, es gebe für jede Tat nur eine schuldangemessene „Punktstrafe“, würde man zu dem Ergebnis kommen, jegliche Strafschärfung aufgrund der Generalprävention mache den Täter „zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung“. Mit Recht weisen die Rechtsprechung und die h. M., aber auch die Stellenwerttheorie³⁹⁴ und die Lehre von der Tatproportionalität³⁹⁵, darauf hin, es bestehe für jede Tat ein schuldangemessener bzw. tatproportionaler Strafrahmen, obwohl jede Lehre dessen Breite und Begründung unterschiedlich beurteilt. Soweit die endgültige Strafe diesen Rahmen nicht übersteigt, stellt der Täter weder *bloßes* Abschreckungsmittel noch *bloßes* Objekt der Verbrechensbekämpfung dar, da er *zugleich* „nach seiner Tat und seiner Schuld bestraft wird“³⁹⁶.

4.4.3. Irrelevanz der Legitimität von Verhaltensnormen

Schließlich ist der Einwand, auch illegitime Verhaltensnorm könne durch (positiv-)generalpräventive Strafzumessung verstärkt werden, ebenfalls zurückzuweisen. Denn es stellt keine Aufgabe der Straf- und Strafzumessungstheorie dar, strafrechtliche Verhaltensnormen zu rechtfertigen; diese Aufgabe steht dem materiellen Verbrechensbegriff zu, der seit dem 19. Jahrhundert verschiedentlich unter den Stichwörtern, wie z. B. Sozialschädlichkeit, Rechtsverletzung, Rechtsgüterschutz, Schutzobjekte usw., diskutiert wird³⁹⁷.

Schon *Binding* unterscheidet vor hundert Jahren klar zwischen den Normen und Strafgesetzen³⁹⁸. Die Normen sollen die Pflicht zu Tun oder Unterlassen bejahen³⁹⁹ und dadurch Rechtsgüter schützen⁴⁰⁰. Werde eine Norm übertreten, bejahe das entsprechende Strafgesetz die Strafbarkeit⁴⁰¹. *Welzel* macht noch deutlicher: die Norm, d. h. das rechtliche Gebot oder Verbot, schütze das Rechtsgut; die Strafsanktion schütze die Norm⁴⁰².

³⁹⁴ *Horn*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 34.

³⁹⁵ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 378.

³⁹⁶ In Worten von *BVerfG*, Beschl. v. 9.6.1970 – 1 BvL 24/69, BVerfGE, 386 (391).

³⁹⁷ Prägnant: *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 1–50; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 5–18. Ausführlich: *Amelung*, Rechtsgüterschutz, 1972, *passim*.

³⁹⁸ *Binding*, Normen, 4. Aufl. (1922, Nachdruck 1991), S. 6 f.

³⁹⁹ *Binding*, a.a.O., S. 96–97, 133–134.

⁴⁰⁰ *Binding*, a.a.O., S. 82, 339–340.

⁴⁰¹ *Binding*, a.a.O., S. 134, 425.

⁴⁰² *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491 (512 Fn. 30).

Neuerdings weist *Hörnle* auch darauf hin, die Verhaltensnorm sei „mittels einer von der Straftheorien zu unterscheidenden Kriminalisierungstheorie“ zu begründen⁴⁰³.

So verstanden muss sich die Theorie der (positiven) Generalprävention nicht um die Rechtfertigung der Verhaltensnorm kümmern⁴⁰⁴, sondern nur darum, ob und inwieweit Strafen die Norm schützen, die Normgeltung erhalten oder stärken können, ohne übermäßig in die Grundrechte einzugreifen.

4.4.4. Kernfrage: Empirische Verifizierbarkeit

Die Annahme, dass sich alle normative Kritik als unzutreffend erweist, qualifiziert die positive sowie negative Generalprävention noch nicht als legitime Strafzwecke. Zu einem Ergebnis gelangt man nur dann, wenn man die Funktionsweise der Gesetze ins Auge fasst.

Die Gesellschaft pflegt seit jeher durch Folgen – im Kern Belohnung und Sanktion – das menschliche Verhalten zu leiten und die Norm- bzw. Gesetzeseinhaltung zu fördern. Dabei lässt sich aus der Alltagserfahrung vermuten, dass die Rechtsfolgen über verschiedene Mechanismen wirken, die als General- oder Spezialprävention bezeichnet werden. Insofern sind diese präventiven Erwägungen keine Besonderheiten des Strafrechts. Schreibt der Gesetzgeber Rechtsfolgen vor, besitzt er die Prärogative für die Prognose und Einschätzung der Eignung vom gewählten Mittel zur Erreichung der Ziele. Nach dem *BVerfG* überschreite er diesen Beurteilungsspielraum „nur dann [...], wenn seine Erwägungen so offensichtlich fehlsam sind, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können“⁴⁰⁵. Die Einschätzungsprärogative gilt auch für die strafrechtliche Gesetzgebung⁴⁰⁶. Wenn der Gesetzgeber Zwecke für die Strafen setzt, ist es mit der Einschätzungsprärogative und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip – konkreter: dem Gebot der Geeignetheit – aber viel vereinbarer, die Zwecke aus den plausiblen Wirkungen der Strafen zu entnehmen, als sie frei zu erfinden.

Verfassungsmäßig sind somit die beiden Aspekte der Generalprävention als Strafzwecke – jedenfalls in den 1950er bis 1970er-Jahren, in denen die erste Rechtsprechung die gesetzgeberische Zwecksetzung anerkannt hat⁴⁰⁷. Denn die kriminologische Forschung

⁴⁰³ *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 57, Ziff. 3.

⁴⁰⁴ So auch *Horn*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 40.

⁴⁰⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 6.10.1987, BVerfGE, 84-120 (106); *BVerfG*, Beschl. v. 18.12.1968, BVerfGE, 1-24 (19 f.).

⁴⁰⁶ *BVerfG*, Urt. v. 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE, 133 (157 f.); *BVerfG*, Beschl. v. 9.3.1994 – 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, BVerfGE, 145 (183).

⁴⁰⁷ Vgl. oben S. 72-73.

zur Generalprävention hat erst ab Ende der 1960er-Jahre begonnen, sich deutlich anzuheufen⁴⁰⁸. Ferner erfährt die Sozialwissenschaft, zu der die Kriminologie gehört, erst seit Mitte der 1970er-Jahre tiefgreifende Fortschritte in der Methodik zum Nachweis der Kausalität⁴⁰⁹. Deshalb bemerkte das *BVerfG* 1977 zu Recht, „es ist jedoch eine nach dem gegenwärtigen Stand der kriminologischen Forschung offene Frage“, ob und welche Strafe „eine ausreichende generalpräventive Wirkung zu erzielen vermöchte“. Im Ergebnis konnte das *BVerfG* nichts anderes tun, als die Gestaltungsfreiheit und Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu respektieren⁴¹⁰.

Die Einschätzungsprärogative ist allerdings kein Allheilmittel und erst recht keine Ausrede, womit man sich für ewig von der Beweisführung befreien kann, wenn das Gebot der Geeignetheit und das Verhältnismäßigkeitsprinzip kein bloßes Lippenbekenntnis bleiben sollen⁴¹¹. Man hat ständig anhand des aktuellen Wissensstands zu prüfen, ob die Theorie oder zumindest ein Teil ihrer Thesen inzwischen mehr Unterstützung erhält als zuvor. Entscheidend für die Fragen, ob die positive oder negative Generalprävention als legitime Strafzwecke und leitende Gesichtspunkte für die Strafzumessung anzusehen sind, ist also der aktuelle Wissensstand dieser Theorien. Sollten sie schon widerlegt werden, hätte der Gesetzgeber die Grenze der Einschätzungsprärogative überschritten. Sollten sie zwar noch nicht widerlegt werden, aber trotz aller wissenschaftlichen Mühen auch lange Zeit kein Fortschritt im Hinblick auf die Beweislage erzielt haben, würden die Theorien an Überzeugungskraft verlieren.

Im restlichen Teil des Kapitels wird daher auf die aktuellen empirischen Grundlagen der Generalprävention eingegangen. Dabei werden nicht alle Aspekte der Theorien geprüft, sondern nur diejenigen, die für die Vorsatzabstufung relevant sind.

⁴⁰⁸ Rupp, *Meta Analysis of Crime and Deterrence*, 2008, S. 85.

⁴⁰⁹ Morgan/Winship, *Counterfactuals and Causal Inference*, 2. Aufl. (2015), S. 4.

⁴¹⁰ *BVerfG*, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (257).

⁴¹¹ Albrecht, *Diskurs* 5 (1995), 15 (19).

5. Empirische Erkenntnisse über die negativ-generalpräventive Strafzumessung

5.1. Die zu überprüfenden Thesen

5.1.1. Drei Elemente der Abschreckung und Zweifel an der Wirksamkeit der Strafhärte

Forschungen zur negativen Generalprävention differenzieren herkömmlich zwischen drei Elementen der Strafe: *Strafhärte*, *-wahrscheinlichkeit* sowie *-schnelligkeit*⁴¹². Ihre theoretische Wurzel liegt in der Lehre *Beccarias*, der sie als *Härte*, *Unausbleiblichkeit* sowie *rasche Bestrafung* bezeichnet hat⁴¹³. Bei der Strafzumessung handelt es sich vor allem um die Strafhärte.

Schon vom Anfang der Abschreckungstheorie an lässt sich aber eine klare Zurückhaltung gegenüber der Wirkung der Strafhärte erkennen. So verlangt *Beccaria* zur Abschreckung keineswegs eine drakonische, sondern eine verhältnismäßige und milde Strafe. Denn eine übermäßige Strafe könne kontraproduktiv wirken. „In dem Maße“, so meint *Beccaria*, „als die Strafen grausam werden, verhärten sich auch die Gemüther der Menschen.“ Grausame Todesstrafe schrecke nach hundert Jahren nicht mehr als früher das Gefängnis. Man wage umso mehr, je größer die Strafe sei, mehr und schwerere Verbrechen zu begehen, „um der Strafe für eines entfliehen zu können“⁴¹⁴.

Nach *Beccaria* ist *das wichtigste Abschreckungselement* nicht die Strafhärte, sondern die „Unausbleiblichkeit der Strafen“, also eine hohe Strafwahrscheinlichkeit. So führt er aus: Die Gewissheit einer auch milden Strafe „wird immer einen viel größeren Eindruck machen als die Furcht vor einer viel schrecklicheren, wenn sie die Hoffnung auf Straflosgkeit nicht ausschließt“⁴¹⁵.“ Ferner trage die Strafschnelligkeit zur Wirkung der Strafwahrscheinlichkeit bei, weil je kürzer die Zeitspanne zwischen der Tat und Strafe sei, „umso fester die beiden Begriffe sich miteinander verknüpft, sodass man unmerklich dahin gelangt, das eine als die Ursache, die andere als die unausbleibliche Wirkung anzusehen“⁴¹⁶.

⁴¹² Thomas, Zur abschreckenden Wirkung von Strafe, 2014, S. 10; *Spirgath*, Metaanalyse zur Abschreckungswirkung, 2013, S. 16 f.

⁴¹³ *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1851, S. 41, 55–56, 58.

⁴¹⁴ *Beccaria*, a.a.O., S. 42.

⁴¹⁵ *Beccaria*, a.a.O., S. 58.

⁴¹⁶ *Beccaria*, a.a.O., S. 56.

Auch *Feuerbach*, dessen Abschreckungstheorie seit ihrer Geburt scharf kritisiert wird, verweist auf die Wichtigkeit der Strafwahrscheinlichkeit. Seiner Meinung nach könne der sinnliche Antrieb zum Verbrechen „dadurch aufgehoben werden, daß jeder weiß, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen“⁴¹⁷, mit anderen Worten, durch die „allgemeine Überzeugung von der notwendigen Verbindung“ der Strafe mit dem Verbrechen⁴¹⁸.

Beccaria und *Feuerbach* bestreiten freilich nicht, dass Menschen aus Bestrafung und Schmerzen von Anderen lernen können. So lobt *Beccaria* den „Vorteil der [ewigen] Sklaverei, dass sie weit mehr den Beschauer ergreift als den Dulder.“ „Die Einbildung vergrößert jedes Leiden“⁴¹⁹ und erwecke den Eindruck: „Auch ich werde in eine so elende Lage versetzt, wenn ich ähnliche Missetaten begehe.“ Nur dieses „lange vorschwebende Beispiel [...] schreckt wirksam vom Verbrechen ab“⁴²⁰. *Beccaria* zweifelt vielmehr an der Wirksamkeit einer übermäßigen oder drakonischen Strafhärte, insb. der Todesstrafe. Ebenso verneint *Feuerbach* nicht die *Wirkung* der Strafe als „Abschreckung der Bürger“⁴²¹. Er verweigert schließlich, „unmittelbare Abschreckung Anderer durch die Schmerzen des dem Missetäter zugefügten Übels“ zum Zweck der Strafe zu setzen, mit der Begründung, dass der Staat kein Recht dazu habe⁴²².

5.1.2. Hauptanliegen: Grenzeffekt des Strafeinsatzes

Bevor man mit der Rückschau auf die Ergebnisse der Abschreckungsforschung beginnt, muss auf den Unterschied zwischen Grenz- und Gesamteffekt der Abschreckungseffekt hingewiesen werden. Unter dem *Gesamteffekt der Abschreckung* versteht man, dass schon das Vorhandensein sowie die Funktion der Strafe und des Justizsystems einen Abschreckungseffekt entfalten, wenn auch dessen präzises Ausmaß nur schwer zu bemessen ist. Als *Grenzeffekt der Abschreckung* wird die Wirkung bezeichnet, die von der einzelnen Kriminalpolitik, Strafzumessung und Ausprägung des Strafvollzugs ausgeht und die Summe des Abschreckungseffekts erhöht oder vermindert.

Von der Konzipierung der Abschreckungstheorie an bezweifelt man nicht das Vorliegen eines Gesamteffekts der Abschreckung⁴²³. *Beccaria* diskutiert die drei Elemente der Abschreckung unter der Annahme, dass die Strafe in gewissem Maße abschrecke. Ihm

⁴¹⁷ *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), § 13; zu *Feuerbachs* vollständige Erläuterung des psychologischen Zwangs vgl. oben S. 69.

⁴¹⁸ *Feuerbach*, a.a.O., § 14.

⁴¹⁹ *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1851, S. 47.

⁴²⁰ *Beccaria*, a.a.O., S. 45.

⁴²¹ *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), §§ 16, 14.

⁴²² *Feuerbach*, a.a.O., § 18.

geht es lediglich darum, Strafen zu verhängen, „welche den wirksamsten und nachhaltigsten Eindruck in dem Gedächtnisse der Menschen zurücklassen und für den Körper des Angeschuldigten am wenigsten qualvoll sind“⁴²⁴.“ Nur sehr selten ist der Gesamt-Abschreckungseffekt zum Forschungsthema geworden, wobei er auch einheitlich Bestätigung fand⁴²⁵. Fast alle empirischen Abschreckungsstudien befassen sich ausschließlich mit dem Nachweis bzw. der Widerlegung des Grenz-Abschreckungseffekts⁴²⁶. Derartige Studien sind der Gegenstand der folgenden Diskussion.

5.2. Forschung zu den objektiven Strafvariablen

5.2.1. Befunde zur Todesstrafe

Parallel zu den theoretischen Zweifeln bestreitet auch die empirische Forschung von Anbeginn an die abschreckende Wirkung der Strafhärte. Die Studien im ersten Jahrhundert der Forschungsgeschichte der Abschreckungstheorie – von den Aufsätzen *Mittermaiers* 1834 bis zu den statistischen Analysen in den 1950er und 1960er-Jahre – befassen sich hauptsächlich mit der Todesstrafe als härtesten Strafe. Sie kamen einheitlich zu dem Schluss, dass die Todesstrafe Menschen nicht von Tötungs- und Gewaltdelikten abschrecken könne⁴²⁷.

Erst 1973 veröffentlichte *Ehrlich* die erste Studie, die für die abschreckende Wirkung der Todesstrafe spricht: Eine zusätzliche Hinrichtung pro Jahr im Zeitraum von 1935 bis 1969 könne 7 bis 8 Tötungsdelikte pro Jahr verhindern⁴²⁸.

⁴²³ *Committee on Deterrence and the Death Penalty*, Deterrence, 2012, S. 2; *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 1 (1); *Ehrlich*, The American Economic Review 65 (1975), 397 (397).

⁴²⁴ *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1870, S. 34, § 12.

⁴²⁵ Vgl. *Loughran/Paternoster/Weiss*, in: *Piquero* (Hrsg.), Handbook, 2016, S. 50 (57 f.).

⁴²⁶ *Committee on Deterrence and the Death Penalty*, Deterrence, 2012, S. 2.

⁴²⁷ *Mittermaier*, ArchCrimR NF 15 (1834), 195; *Mittermaier*, ArchCrimR NF 21 (1840), 442; *Mittermaier*, ArchCrimR NF 21 (1840), 563; *Mittermaier*, ArchCrimR NF 22 (1841), 1; *Mittermaier*, ArchCrimR NF 22 (1841), 311; *Mittermaier*, Todesstrafe, 1862. Zusammenfassen in *Feuerbach/Mittermaier*, Lehrbuch, 14. Aufl. (1847), S. 247–248 (Note II zu § 145); *Great Britain*, Report of the Capital Punishment Commission, 1866, S. 152–178 und Sec. 1304; *Bye*, Capital Punishment in the United States, 1919, S. 59; *Exner*, MschrKrim 20 (1929), 1; *Dann*, The Deterrent Effect of Capital Punishment, 1935 (zitiert nach *Sellin*, in: *Model*, 1959 (51 f.)); *Savitz*, The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science 49 (1958), 338 (340 f.); *Sellin*, in: *Model*, 1959 (34, 61, 63); *Sellin*, in: *Bedau* (Hrsg.), Death Penalty, 1964, S. 284 (301); *Campion*, in: *Bedau* (Hrsg.), Death Penalty, 1964, S. 301 (314 f.); *U.K. Royal Commission on Capital Punishment*, in: Department of Justice of Canada/*Favreau*, Minister of Justice (Hrsg.), Capital Punishment, 1975, S. 45 (51).

⁴²⁸ *Ehrlich*, The Deterrent Effect of Capital Punishment, 1973, S. 42 f; *Ehrlich*, The American Economic Review 65 (1975), 397 (414).

Das Ergebnis *Ehrlichs* hat für Sensation gesorgt und eine Forschungswelle in Gang gesetzt⁴²⁹. In einer Literaturübersicht zählen *Gerritzen/Kirchgässner* 102 von 1975 bis 2011 veröffentlichte empirische Studien zur abschreckenden Wirkung der Todesstrafe auf. Von den 102 Studien sprechen 34 für und 53 gegen einen solchen Effekt; die anderen 15 Studien liefern kein eindeutiges Ergebnis⁴³⁰. Damit scheint es, dass man trotz der Menge an Studien zu keinem Konsens über den Abschreckungseffekt der Todesstrafe gelangt⁴³¹.

Da aber die „Stimmenauszählung“ keine valide Methode zur quantitativen Zusammenfassung von empirischen Forschungsergebnissen darstellt⁴³², muss man stattdessen auf die Methode der systematischen Übersichtsarbeit und Metaanalyse⁴³³ zurückgreifen. Eine systematische Übersichtsarbeit von ausreichender Aussagekraft bleibt aber trotz jahrzehntelanger Bemühungen⁴³⁴ wegen der prävalenten Designfehler in den Primärstudien aus. Drei fatalen Fehler sind:

- 1) Die fehlerhafte Modellspezifikation im Hinblick auf die kompletten Strafoptionen für die mit Todesstrafe bedrohten Delikte. Anderen Strafen, wie etwa die Länge einer befristeten oder die Häufigkeit einer lebenslangen Freiheitsstrafe, werden überwiegend nicht in die Analyse einbezogen⁴³⁵.
- 2) Die Vernachlässigung von den subjektiven Seiten der Strafen (subjektiven Strafvariablen), d. h., wie der potenziell mit der Todesstrafe bedrohte Täter die Strafoptionen wahrnimmt und wie er auf ihre Veränderungen reagiert. Dieser und der vorige Fehler führen normalerweise zu systematischen Schätzverzerrung zu⁴³⁶.
- 3) Bei der Sozialwissenschaft ist es üblich, dass man angesichts des Informationsmangels starke Annahmen zugrunde legt, um zu einem hinreichenden konkreten Ergebnis (z. B. „eine zusätzliche Hinrichtung pro Jahr könne X bis Y Tötungsdelikte verhindern“) zu kommen. Dies ist bei der Abschreckungsforschung zur Todesstrafe besonders der Fall. Man geht z. B. davon aus, dass die

⁴²⁹ Vgl. die Darstellung bei *Bailey/Peterson*, in: *Bedau* (Hrsg.), *Death Penalty*, 1997, S. 135 (141–143) und das Sonderheft (Heft 6) von *Journal of Behavioral Economics*, 1977.

⁴³⁰ *Gerritzen/Kirchgässner*, *Facts or Ideology*, 2013, S. 12.

⁴³¹ *Committee on Deterrence and the Death Penalty*, *Deterrence*, 2012, S. 2; *Gerritzen/Kirchgässner*, *Facts or Ideology*, 2013, S. 24; dazu *Meier*, *Sanktionen*, 4. Aufl. (2015), S. 28; *Streng*, in: *Frisch* (Hrsg.), *Grundfragen*, 2011, S. 39 (45).

⁴³² *Stanley/Doucouliagos*, *Meta-Regression*, (2012), S. 44 f.

⁴³³ Vgl. unten S. 93 f.

⁴³⁴ Vgl. die Liste von und Anmerkungen zu solchen Arbeiten bei *Gerritzen/Kirchgässner*, *Facts or Ideology*, 2013, S. 10–12.

⁴³⁵ *Committee on Deterrence and the Death Penalty*, *Deterrence*, 2012, S. 4 f.

⁴³⁶ *Committee on Deterrence and the Death Penalty*, a.a.O., S. 5 f.

anderen Strafen keinen Einfluss auf die Tötungsdelikte hätten – was bei Studien mit dem ersten Fehler impliziert wird – oder dass die subjektiven Strafvariablen ihren objektiven Gegenständen entsprechen würden – was bei Studien mit dem zweiten Fehler konkludent ist⁴³⁷. Darüber hinaus gibt es eine Fülle von Informationsmängeln, z. B. der Einfluss von Wahlkämpfen auf die Anwendung oder Gesetzgebung der Todesstrafe. Die bisherigen Studien beschäftigen sich überwiegend nicht damit, solche Wissenslücken zu füllen, sondern stützen sich auf starke Annahmen, als hätten die Wahlkämpfe keinen Einfluss auf die Todesstrafe, was nur unrealistisch ist⁴³⁸.

Die starken Annahmen verbirgt aber das Problem des Informationsmangels und lässt in den meisten Fällen deren Glaubwürdigkeit ungeprüft. Eine wissenschaftlich valide Antwort auf den Abschreckungseffekt der Todesstrafe ist erst dann zu erwarten, wenn man die einschlägigen Informationsmängel beseitigt oder schwächere, aber glaubwürdigere Annahmen anstellt⁴³⁹.

5.2.2. Befunde zur extremen Freiheitsstrafe

Die Forschungen zur Todesstrafe dürften auch bei Vorliegen eines validen Ergebnisses der Diskussion in Deutschland weniger behilflich sein, weil die Todesstrafe abgeschafft wurde (Art. 102 GG). In den Studien zu den anderen Straforten, die noch weitaus reichlicher vorhanden sind, zeigt sich eine Zurückhaltung gegenüber der abschreckenden Wirkung der Strafhärte, weil sehr häufig kein Abschreckungseffekt der Freiheitsstrafe festgestellt wurde.

Das Gesamtbild in diesem Bereich erscheint höchst komplex. Charakteristisch für die Divergenz der Studienergebnisse sind die Forschungen zum sog. „Three-Strikes-Law.“ Das ist ein in den USA verbreitetes Strafzumessungsgesetz, demzufolge bei der dritten Verurteilung eine außerordentliche schwere Strafe verhängt werden soll, wenn der Täter bereits zweimal wegen eines Gewaltdelikts oder einer schweren Straftat (engl.: „serious felony“) verurteilt worden ist. Der Begriff „Three-Strikes“ kommt vom Baseballspiel, bei dem ein Spieler nach dem dritten Fehlschlag bis zur nächsten Runde ausscheidet – eine Metapher dafür, dass der Verbrecher nach dem dritten groben Fehler für eine lange Zeit aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden soll. Die beim dritten „Strike“ zu verhängende Strafe ist in den meisten US-Bundesstaaten eine Freiheitsstrafe von mindestens 25 Jah-

⁴³⁷ *Committee on Deterrence and the Death Penalty*, a.a.O., S. 6 f.

⁴³⁸ *Committee on Deterrence and the Death Penalty*, a.a.O., S. 111–113.

⁴³⁹ *Committee on Deterrence and the Death Penalty*, a.a.O., S. 7, 121.

ren und sogar eine lebenslange Freiheitsstrafe, in der Regel ohne Möglichkeit einer Aussetzung des Strafrests. In einigen Bundesstaaten wie Washington und Kalifornien findet dies sogar schon bei der zweiten Verurteilung Anwendung⁴⁴⁰.

Das „Three-Strikes-Law“ hat sich als Reaktion auf den rasanten Anstieg der Gewaltkriminalität seit den 1960er-Jahren entwickelt. Die Zahl der Gewaltdelikte in den USA hat 1991 ihre Spitze erreicht: mehr als 1,91 Mio. erfasst Fälle, ca. 6,7-fach so hoch wie im Jahr 1960; das macht 758,2 Fälle pro 100.000 Bevölkerung, ungefähr 4,7-fach so hoch wie im Jahr 1960⁴⁴¹. Der Ruf nach härteren Vorgehensweisen gegen Kriminalität (engl.: „getting tough“) wurde infolgedessen immer lauter.

Beginnend von 1993 in Bundesstaat Washington bis 1997 wurden in 24 US-Bundesstaaten und auf der Bundesebene das „Three-Strikes-Law“ verabschiedet⁴⁴². Gleichzeitig verringert sich seit den 1990er-Jahren die Gewaltdelikte in den USA drastisch und nachhaltig. Die Zahl der Gewaltdelikte im Jahr 2014 im ganzen Land beträgt 375,7 Fälle pro 100.000 Bevölkerung, nur etwa halb so hoch wie im Jahr 1991. Viele Politiker, Behörde und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben sprechen dies gern der Strafverschärfung zu⁴⁴³.

Die Aussagen der relevanten Studien sind aber uneinheitlich. Die ersten Forschungen weisen darauf hin, dass der Abwärtstrend der Gewaltdelikte sowie der anderen schweren Delikte bereits 1992 angefangen hat; ausgerechnet ein Jahr vor der Welle der Gesetzgebung vom „Three-Strikes-Law“. Dieser Trend sei stabil und habe sich auch nach der Gesetzgebungswelle nicht beschleunigt. Zu sehen sei ein ähnlicher Abwärtstrend auch in den Bundesstaaten, die kein „Three-Strikes-Law“ haben oder es zwar verabschiedet, aber nicht umgesetzt haben. Diese Studien kamen zu dem Ergebnis, dass das „Three-Strikes-Law“ keinen abschreckenden Effekt auf Gewaltdelikte und schwere Straftaten aufweise⁴⁴⁴. Teilweise wurde ein sog. „Brutalisierungseffekt“ beobachtet, der bedeutet, dass sich Tötungsdelikte nach der Verabschiedung des „Three-Strikes-Law“ vermehren⁴⁴⁵. Hingegen stellten andere Studien einen leichten⁴⁴⁶ bis hohen Abschreckungseffekt fest. Nach

⁴⁴⁰ 18 U.S.C. § 3559 (c); PEN § 1170.12 (c); RCW § 9.94A.030 (38), § 9.94A.570.

⁴⁴¹ *Federal Bureau of Investigation*, Uniform Crime Reports, unter: <http://www.ucrdatatool.gov>; dabei sei zu achten, dass die Kriminalstatistik der USA in den 1960er-Jahren eher ungenau war, vgl. *Cantor/Co-hen*, *Social Science Research* 9 (1980), 121.

⁴⁴² Washington State, Initiative 593 (1993); *Chen*, *Journal of Contemporary Criminal Justice* 24 (2008), 345 (345).

⁴⁴³ Vgl. *Latzko/Malti* (Hrsg.), *Moralische Entwicklung und Erziehung in Kindheit und Adoleszenz*, 2010, S. 540; *Chen*, *Journal of Contemporary Criminal Justice* 24 (2008), 345 (346).

⁴⁴⁴ *Stolzenberg/D'Alessio*, *Crime & Delinquency* 43 (1997), 457; *Males*, *Striking Out*, 2011.

⁴⁴⁵ *Marvell/Moody*, *The Journal of Legal Studies* 30 (2001), 89.

⁴⁴⁶ *Chen*, *Journal of Contemporary Criminal Justice* 24 (2008), 345.

der Analyse von *Shepherd* reduziere das „Three-Strikes-Law“ in den ersten zwei Jahren seit seinem Inkrafttreten in Kalifornien die Zahl von Tötungsdelikten um 8 Fälle, von schweren Verletzungen um 3.952 Fälle, von Rauben um 10.672 Fälle und von Einbruchsdiebstählen um 384.488 Fälle; dagegen steige die Zahl einfacher Diebstähle um 17.700 Fälle⁴⁴⁷. Es gibt aber noch Forschungen, die zwar auch die Datensätze aus Kalifornien auswerteten, aber zu einem anderen Ergebnis als dem Angeführten kamen. Nach *Worrall* z. B. habe das „Three-Strikes-Law“ 1994 bis 2000 weder Abschreckungs- noch Brutalisierungseffekt auf Gewaltdelikte geübt. Ursächlich für den drastischen Abwärtstrend der Kriminalität ab den 1990er-Jahren in Kalifornien seien andere Faktoren, die mit der Zeit einhergingen, aber bis zur Zeit der Forschung noch nicht aufgeklärt worden seien⁴⁴⁸.

5.2.3. Befunde zur „normalen“ Strafhärte

Nicht eindeutiger sieht es aus, wenn die Freiheitsstrafe im Vergleich zum „Three-Strikes-Law“ noch in der „normalen“ Grenze bleibt.

Gibbs zufolge schrecke die Anhebung der Haftlänge nur dann ab, wenn die Strafwahrscheinlichkeit über einer gewissen Schwelle liege⁴⁴⁹. *Ehrlich* kam zu dem Ergebnis, dass die Länge der Freiheitsstrafe nicht nur eine allgemeine Abschreckungswirkung auf sieben „Index Crimes“⁴⁵⁰ habe. Diese Wirkung sei auf einfachen Diebstahl sowie Einbruchsdiebstahl sogar größer als die der Strafwahrscheinlichkeit⁴⁵¹. *Bailey* fand sogar heraus, dass die Länge der Freiheitsstrafe nicht nur Vergewaltigungen vermindern könne; sie sei zu diesem Zweck auch wirksamer als die Todesstrafe⁴⁵².

Nicht selten ist man mit den gleichen Daten oder mit dem gleichen statistischen Modell aber zu widersprüchlichen Schlüssen gekommen. Mit den Daten aus der Studie von *Gibbs* haben *Gray/Martin* z. B. festgestellt, dass sowohl die Wahrscheinlichkeit als auch die Härte der Freiheitsstrafe die potenziellen Täter von Tötungsdelikten in vergleichbarem

⁴⁴⁷ *Shepherd*, The Journal of Legal Studies 31 (2002), 159. In der vorliegenden Arbeit werden in Anlehnung der deutschen Schreibweise das Komma (,) als Dezimaltrennzeichen und Punkte (.) als Tausendertrennzeichen genutzt.

⁴⁴⁸ *Worrall*, Journal of Criminal Justice 32 (2004), 283 (289, 293).

⁴⁴⁹ Etwa *Gibbs*, The Southwestern Social Science Quarterly 48 (1968), 515 (525). Vgl. dazu *Killias/Kuhn/Aebi*, Grundriss der Kriminologie, 2. Aufl. (2011), Rn. 1017a, 1041.

⁴⁵⁰ „Index Crimes“ ist ein Begriff in „Uniform Crime Reports“, der von FBI herausgegebenen Kriminalstatistik, und besteht aus: Tötung, schwere Körperverletzung Vergewaltigung, Raub, Einbruchsdiebstahl, Autodiebstahl, einfachen Diebstahl; dazu siehe *Federal Bureau of Investigation*, Uniform Crime Reports, unter: <http://www.ucrdatatool.gov>.

⁴⁵¹ *Ehrlich*, Journal of Political Economy 81 (1973), 521 (552); *Ehrlich*, The Journal of Legal Studies 1 (1972), 259 (272, 275).

⁴⁵² *Bailey*, Journal of Behavioral Economics 6 (1977), 109 (138 f.).

Maße, und zwar voneinander unabhängig, abhalten⁴⁵³. Mit dem statistischen Modell von *Ehrlich* und neuen Datensätzen ergaben sich aus der Studie von *Forst* zwar zunächst ähnliche Ergebnisse wie aus der Studie *Ehrlichs*. Die Effektstärken der Wahrscheinlichkeit sowie Härte der Freiheitsstrafe schrumpften aber auf ein statistisch nicht mehr signifikantes Niveau, nachdem drei zusätzlichen Kontrollvariablen (Anteil der Immigranten, Bevölkerungsdichte und Anteil der zerrütteten Familien in der Region) dem Modell *Ehrlichs* hinzugefügt worden waren. *Forst* meinte daher, die Studie *Ehrlichs* müsse hochrelevante Variablen ignoriert und deswegen zu einem scheinbaren Abschreckungseffekt geführt haben⁴⁵⁴.

5.2.4. Befunde zur Strafwahrscheinlichkeit

Ein relativ klareres Bild über die Strafwahrscheinlichkeit lässt der Forschungsstand hingegen zu. Für ihre abschreckende Wirkung sprechen die meisten im vorigen Unterabschnitt dargestellten Studien, auch wenn sie sich auf diese Wirkung der Strafhärte nicht einigen konnten.

Die Studie von *Gibbs* ergab, dass die Wahrscheinlichkeit eines Vollzugs der Freiheitsstrafe, unabhängig von anderen Faktoren, einen signifikanten Abschreckungseffekt erzielen kann⁴⁵⁵. Zu demselben Ergebnis kamen *Gray/Martin*⁴⁵⁶. Nach *Ehrlich* zeigt die Strafwahrscheinlichkeit einen größeren abschreckenden Effekt auf Tötungsdelikt, Vergewaltigung und Raub als die Länge der Freiheitsstrafe auf⁴⁵⁷. *Bailey* zufolge kann die Vergewaltigung durch eine Anhebung der Wahrscheinlichkeit einer Freiheitsstrafe effizienter verhütet werden als durch einen verstärkten Einsatz der Todesstrafe⁴⁵⁸.

Die Strafwahrscheinlichkeit genießt stabilen Rückhalt aus den Studien zur Polizeiarbeit. Von 1989 bis 2011 wurden 19 Primärstudien (10 Experimente und 9 Quasi-Experimente) zum Thema „Hotspot-Policing“ veröffentlicht. Sie ergeben einen durchschnittlich signifikanten, wenn auch nur kleinen, Abschreckungseffekt, dass die gezielte Verstärkung der Polizeistreifen um den kriminellen Hotspot und das dadurch erhöhte Risiko der Festnahme die kriminellen Aktivitäten dort sowie in der Umgebung nachhaltig reduzieren kann, ohne dass diese sich erkennbar in die Nachbarorte verlagert⁴⁵⁹. Dadurch, dass diese Studien im realen Umfeld unter guter Kontrolle der Störvariablen durchgeführt wurden,

⁴⁵³ *Gray/Martin*, *Social Science Quarterly* 50 (1969), 389 (394).

⁴⁵⁴ *Forst*, *Policy Analysis* 2 (1976), 477 (487, 484).

⁴⁵⁵ *Gibbs*, *The Southwestern Social Science Quarterly* 48 (1968), 515 (525).

⁴⁵⁶ *Gray/Martin*, *Social Science Quarterly* 50 (1969), 389 (394).

⁴⁵⁷ *Ehrlich*, *The Journal of Legal Studies* 1 (1972), 259 (272).

⁴⁵⁸ *Bailey*, *Journal of Behavioral Economics* 6 (1977), 109 (138 f.).

⁴⁵⁹ *Braga/Papachristos/Hureau*, *The Effects of Hot Spots Policing on Crime*, 2012, S. 30 f.

wird ihnen hohe Überzeugungskraft verliehen.

Auch eine neuere deutsche Studie von *Entorf/Spengler* weist darauf hin, dass sich der Abschreckungseffekt vielmehr als Resultat der Strafwahrscheinlichkeit, insb. der Aufklärungs- und Verurteilungsquote, herausstellt. Außerdem soll die Strafwahrscheinlichkeit einen größeren Effekt auf Erwachsene als auf Jugendliche ausüben. Dagegen blieben die meisten Ausprägungen der Strafhärte, wie z. B. Länge der Freiheitsstrafe und Höhe der Geldstrafe, abgesehen von der Erhöhung der Jugendarrestquote für Eigentumsdelikte, wirkungslos⁴⁶⁰.

5.2.5. Befunde zur Strafschnelligkeit

Was das dritte Element angeht, gibt es zwar reichliche Studien zur Schnelligkeit der Sanktionen im allgemeinen Sinn. Unzählige Experimente im Rahmen des psychologischen Behaviorismus stehen mit den Hypothesen *Beccarias* im Einklang. Sanktion müsse umgehend nach dem Fehlverhalten angewendet werden, um es möglichst effektiv zu korrigieren. Im Prinzip gilt: je länger der Abstand zwischen dem Fehlverhalten und der Sanktion, desto geringer der Lerneffekt⁴⁶¹. Es gibt jedoch nur wenige Studien zum Abschreckungseffekt der strafrechtlichen Sanktionsschnelligkeit. Der Grund könnte darin liegen, dass in Bezug auf den Strafprozess nie von einer genügenden Schnelligkeit geredet werden kann⁴⁶². Ferner unterstützen diese Studien nicht die abschreckende Wirkung der Strafschnelligkeit⁴⁶³, weshalb eine große Skepsis dominiert⁴⁶⁴.

Erst kürzlich wurde der erste Gegenbeweis erbracht: *Dušek* ging der Wirkung des tschechischen Gesetztes von 2002 zur Beschleunigung von Strafverfahrens nach und zeigte dabei, dass gekürzter Zeitabstand zwischen der Erhebung der öffentlichen Klage und der Rechtskraft der Entscheidung die Zahl des Einbruchsdiebstahls deutlich vermindern soll⁴⁶⁵.

Für eine angemessene Beurteilung über den Zusammenhang zwischen Strafschnelligkeit und Abschreckung sind weitaus mehr Untersuchungen erforderlich.

⁴⁶⁰ *Entorf/Spengler*, MschrKrim 88 (2005), 313 (332 f.).

⁴⁶¹ *Zimbardo/Johnson/McCann*, Psychology, 7. Aufl. (2012), S. 117. Vgl. einfach jedes Lehrbuch zum Grundriss der Psychologie.

⁴⁶² Vgl. *Loughran/Paternoster/Weiss*, in: *Piquero* (Hrsg.), Handbook, 2016, S. 50 (52); *Gibbs*, Crime, Punishment, and Deterrence, 1975, S. 131 f.; auch ihre Literaturübersicht.

⁴⁶³ *Bailey*, Social Forces 58 (1980), 1308 (1327 f.); *Shoham*, Traffic Quarterly : An Independent Journal for Better Traffic 28 (1974), 61 (68).

⁴⁶⁴ Etwa *Jensen/Erickson/Gibbs*, Social Forces 57 (1978), 57 (58); *Paternoster*, Justice Quarterly 4 (1987), 173 (188).

⁴⁶⁵ *Dušek*, International Review of Law and Economics 43 (2015), 134 (135, 147).

5.3. Forschung zu den subjektiven Strafvariablen

Die bislang angeführten Studien betreffen primär die sog. „objektiven Strafvariablen“, Variablen, die die äußeren Bedingungen bzw. das Umfeld des Handelnden beschreiben. Der Fokus liegt auf der Leistung der Rechtspflege. Eine andere Art von Studien beschäftigt sich aber spätestens seit dem Ende der 1960er-Jahre mit den sog. „subjektiven Strafvariablen“. Sie untersuchen den Zusammenhang zwischen der Wahrnehmung der potenziellen Täter im Hinblick auf die Strafvariablen und den Delikten. Die Logik erscheint einleuchtend: Wie könnte man die Reduzierung von Delikten als „abschreckenden“ Effekt bezeichnen, *wenn die potenziellen Täter die objektiven Veränderungen der Strafhärte, -wahrscheinlichkeit oder -schnelligkeit nicht einmal wahrgenommen haben sollten?* Ebenso wenig wäre eine solche Bezeichnung zu rechtfertigen, sollten die potenziellen Täter diese zwar zur Kenntnis genommen haben, sich von der Tatbegehung aber lediglich aus anderen Gründen abhalten lassen⁴⁶⁶.

Studien zu den subjektiven Strafvariablen ergeben relativ konsequent, dass die wahrgenommene Strafwahrscheinlichkeit abschreckend wirke, wenn sie über einem Schwellenwert liege⁴⁶⁷ oder wenn die gleichzeitig wahrgenommene Strafhärte nicht allzu niedrig sei⁴⁶⁸. Dagegen sei der Effekt der wahrgenommenen Strafhärte nur in begrenzten Gebieten zu erwarten (etwa bei Trunkenheit im Verkehr), und zwar viel schwächer als der Effekt der wahrgenommenen Strafwahrscheinlichkeit⁴⁶⁹.

Die angeführten Befunde lassen sich zwar daraufhin interpretieren, dass mindestens manche subjektiven Strafvariablen in gewissen Bereichen und gewissem Maße abschreckend wirken könnten. Es bestehen jedoch Zweifel daran, ob Veränderungen in den objektiven Strafvariablen zu Veränderungen in den subjektiven Strafvariablen führen. In einer Literaturübersicht stellt *Apel* z. B. fest, dass es der Allgemeinheit an Kenntnissen über Strafraumen und -wahrscheinlichkeit mangelt. Die Befragten unterschätzen generell die gesetzliche Strafobergrenze für eine Reihe klassischer Delikte (etwa Tötungsdelikte, Vergewaltigung und Raub), abgesehen von einigen leichten Straftaten (etwa einfacher Körperverletzung, Ladendiebstahl und geringfügigem Diebstahl). Tendenziell wird die Aufklärungsquote bei den Tatbeständen mit hoher Aufklärungsquote (etwa Tötungsdelikte, Vergewaltigung und Körperverletzung) unterschätzt, dagegen bei denen mit niedriger

⁴⁶⁶ Vgl. *Nagin*, in: *Tonry* (Hrsg.), *Handbook*, 2000, S. 345 (349 f.).

⁴⁶⁷ 30 % bei *Paternoster/Saltzman/Waldo u. a.*, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 74 (1983), 270.

⁴⁶⁸ Bspw. *Grasmick/Bryjak*, *Social Forces* 59 (1980), 471.

⁴⁶⁹ *Nagin/Pogarsky*, *Criminology* 39 (2001), 865 (875, 883–884). Nicht differenziert bei *Meier*, *Sanktionen*, 3. Aufl. (2009), S. 28; *Meier*, *Sanktionen*, 4. Aufl. (2015), S. 28.

Aufklärungsquote (etwa Raub und Diebstahl) überschätzt⁴⁷⁰.

Trotzdem kann es der Fall sein, dass den meisten Befragten deshalb die Kenntnisse über Strafen fehlen, weil sie nicht einmal die Absicht oder Neigung zur Begehung von den untersuchten Straftaten haben. *Apel* fasst eine andere Reihe von Studien zusammen, die diese Möglichkeit bestätigen: bei den Delikten, die auch die Allgemeinheit relativ häufig begeht (z. B. Trunkenheit am Steuer), und bei den Delikten, die für bestimmte Gruppen typisch sind (z. B. Besitz von Cannabis durch Jugendliche), haben die Befragten gute Kenntnisse über die Strafhöhe sowie ihre Veränderung⁴⁷¹. Im Gegensatz dazu wird die subjektive Strafwahrscheinlichkeit kaum durch die Veränderung ihres objektiven Gegenstücks, sondern hauptsächlich durch persönliche Erfahrung beeinflusst. Derjenige, dessen Taten weniger häufig entdeckt wurden, hält die Strafwahrscheinlichkeit für niedriger. Wer weniger deliktische Erfahrungen hat, korrigiert nach einer neuen Festnahme seine wahrgenommene Strafwahrscheinlichkeit in größerem Maße nach oben als derjenige mit mehr deliktischer Erfahrung. Zudem ist die Anpassung der subjektiven Strafwahrscheinlichkeit deliktspezifisch. Die Erfahrung der Festnahme wegen Gewaltdelikte beeinflusst nicht das subjektive Entdeckungsrisiko bei Eigentumsdelikten⁴⁷².

Fasst man die vorstehenden Befunde zusammen: Eine Abschreckung lässt sich am ehesten durch die Erhöhung der subjektiven Strafwahrscheinlichkeit erzielen; diese Erhöhung lässt sich am ehesten durch persönliche Erfahrung der Festnahme des Kriminellen erzielen. Die traditionelle abschreckende Kriminalpolitik stützt sich jedoch primär auf die Erhöhung der objektiven Strafhärte und -wahrscheinlichkeit. Es verwundert folglich nicht, dass die traditionelle abschreckende Kriminalpolitik mit ihren ineffizienten Methoden nur ineffizient gewirkt hat. Wer an der Abschreckungstheorie festhalten will, soll nach den Methoden zur Erhöhung der subjektiven Strafwahrscheinlichkeit weiter forschen.

5.4. Weitere Faktoren der Abschreckung

Neben den Strafvariablen wird die Rolle von weiteren Faktoren für die Abschreckung untersucht. *Paternoster/Saltzman/Waldo u. a.* haben festgestellt, abschreckend auf die Befragten wirke nicht die Wahrscheinlichkeit einer formellen Sanktion (hier: Festnahme), sondern die Wahrscheinlichkeit einer informellen Sanktion, z. B. der zu erwartenden Vor-

⁴⁷⁰ *Apel*, *Journal of Quantitative Criminology* 29 (2013), 67 (74 f.).

⁴⁷¹ Vgl. *Apel*, a.a.O., S. 76 f.

⁴⁷² *Apel*, a.a.O., S. 83 f.

würfe oder Missbilligung seitens Eltern, Partners oder enger Freunde⁴⁷³. In vergleichbarer Art wollen die Probanden des Experiments von *Klepper/Nagin* keine Steuerhinterziehung begehen, soweit man dafür ein Risiko der Inhaftierung oder Anklage eingehen soll. Den Autoren nach liege dies daran, dass ihre Probanden Angehörige der Mittelschicht sind und meist auf der mittleren Führungsebene arbeiten; sie hätten viel zu verlieren, wie z. B. das Ansehen und den Sozialstatus⁴⁷⁴. Daraus lässt sich vermuten, dass manche Verbrechen durch Abschreckung eingedämmt werden könnten, wenn potenzielle Tätergruppen ihre Beziehung mit den nicht- oder anti-kriminellen Verwandten bzw. Freunden vertiefen oder am legalen Arbeitsmarkt teilnehmen könnten⁴⁷⁵.

Einige Studien postulieren, dass die wahrgenommene Strafwahrscheinlichkeit sowie -härte eher abschreckend wirkt, wenn der potenzielle Täter schwache normative Einstellung habe. Zu diesen Studien ist auf nachfolgende Stellen zu verweisen⁴⁷⁶.

Eine neue Forschungsrichtung bezieht sich auf die Wechselwirkung zwischen Denken und Emotion in der unmittelbaren Verbrechenssituation. In einem Experiment von *Van Gelder/de Vries* wurden die Probanden – alle waren Studenten – durch eine Aufgabe zur Textumstellung entweder in den Kognitions- oder Emotionsmodus versetzt. Danach haben sie in einer Szenerie zu entscheiden, ob sie für eine Hausaufgabe ein 100-Euro-Statistikprogramm kaufen oder illegal herunterladen. In einem anderen Szenario geht es um einen Versicherungsbetrug. Die Kamera des Protagonisten wurde im Urlaub gestohlen. Die Versicherung bezahlte nach der polizeilichen Anzeige den Schaden. Vor dem Ende des Urlaubs hatte ein Mitarbeiter des Hotels die Kamera gefunden und der Protagonist musste nun entscheiden, ob er es der Versicherung meldet. Aus dieser Studie geht hervor, dass umso weniger Probanden im „Kognitionsmodus“ die jeweilige Straftat begehen wollen, je höher das wahrgenommene Strafrisiko (hier: die Multiplikation des subjektiven Entdeckungsrisikos mit der subjektiven Strafhärte) liegt, während die Angst und Furcht vor der Entdeckung bzw. der Bestrafung keine Rolle spielen. Dagegen wollen umso weniger Probanden im „Emotionsmodus“ die jeweilige Straftat begehen, je stärker sie Angst oder Furcht vor der Entdeckung fühlen⁴⁷⁷.

Aus dieser Studie lässt sich schließen, dass Verbrechen durch Erhöhung des Entdeckungsrisikos eingedämmt werden könnte, wenn es der Regierung gelingt, die Bevölke-

⁴⁷³ *Paternoster/Saltzman/Waldo u. a.*, *Law & Society Review* 17 (1983), 457 (476); vgl. dazu *Meier*, *Sanktionen*, 3. Aufl. (2009), S. 28; *Meier*, *Sanktionen*, 4. Aufl. (2015), S. 28.

⁴⁷⁴ *Klepper/Nagin*, *Criminology* 27 (1989), 721 (742); *Nagin*, in: *Tonry* (Hrsg.), *Handbook*, 2000, S. 345 (352); *Apel/Nagin*, in: *Wright* (Hrsg.), *Encyclopedia*, 2015, S. 250 (252).

⁴⁷⁵ Vgl. S. 161 für die „Central Eight“ Risikofaktoren für die Rückfallprognose.

⁴⁷⁶ S. 255 ff.

⁴⁷⁷ *Van Gelder/de Vries*, *Journal of Quantitative Criminology* 30 (2014), 1 (16–19).

rung häufiger im Kognitionsmodus zu belassen. Man erkennt an diesem Schluss noch einmal deutlich, dass die Abschreckung nicht unbedingt mit der Furcht und Angst verbunden sein muss. Die Vernunft, d. h., das rationale Kalkulieren, kann eine wichtige Rolle für die Abschreckung spielen. Man könnte zwar ebenso anhand dieser Studie geltend machen, dass Verbrechen dadurch vermindert werden könnte, dass der Staat seine Bevölkerung häufiger in den Emotionsmodus versetzt und ihre Furcht bzw. Angst verstärkt. Diese Lösung muss aber auf heftige Kritik stoßen, die die Befürworter der Abschreckungstheorie schon längst – teils auch ungerecht⁴⁷⁸ – erfahren haben. Eine Herrschaft durch Furcht und Angst ist alles andere als das Kennzeichen eines Rechtsstaats.

5.5. Konsens?

Die mannigfaltigen Subthemen und Ergebnisse der Abschreckungsstudien lassen sich nur schwer überblicken. Das stellt keine Besonderheit der Abschreckungsforschung dar, sondern gehört das zur Normalität der empirischen Forschung. Denn unterschiedliche Studien werden unter verschiedenen Bedingungen (z. B. Stichproben, Methoden, Regionen, Zeit) durchgeführt. Hinzu kommt, dass Menschen unterschiedlich beschaffen sind und daher auch unter gleichen Bedingungen unterschiedlich agieren, reagieren, interagieren, Einfluss ausüben und beeinflusst werden können. Um sich eine klare Gesamtschau zu verschaffen, schreiben Wissenschaftler Literaturübersichten, die in zwei Sorten einzuordnen sind: die narrativen (auch „traditionellen“) und die systematischen Übersichtsarbeiten.

5.5.1. Narrative Übersichtsarbeit

Man fertigt eine narrative Übersichtsarbeit an, indem man repräsentative Studien sammelt, ihre Methoden kritisiert, die Ergebnisse zusammenfasst, ihnen unterschiedliches Gewicht beimisst und schließlich auf die bisherigen Errungenschaften sowie Unzulänglichkeiten hinweist.

Die meisten narrativen Übersichtsarbeiten der früheren Zeit sind zu dem Ergebnis gekommen, es bestünden zu viel methodologische Mängel, sodass es an gültigen Beweisen fehle und im Moment keine Schlussfolgerung gezogen werden dürfe⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Vgl. oben S. 74 f.

⁴⁷⁹ Bspw. *National Research Council*, in: Panel on Research on Deterrent and Incapacitation Effects/*Blumstein/Cohen u. a.* (Hrsg.), *Deterrence and Incapacitation*, 1978, S. 1 (7 f.); *Nagin*, in: Panel on Research on Deterrent and Incapacitation Effects/*Blumstein/Cohen u. a.* (Hrsg.), *Deterrence and Incapacitation*, 1978, S. 95 (98, 136). Zu mehr Übersichtsarbeiten s. *Spirgath*, *Metaanalyse zur Abschreckungswirkung*, 2013, S. 31, 39.

Die Lage hat sich aber allmählich infolge der Anhäufung von Studien mit verbesserter Methodologie verändert. Seit 2000 sind sich die meisten Übersichtsarbeiten einig⁴⁸⁰:

1. Die subjektiven Strafvariablen seien wichtiger als die objektiven, weil die Veränderung der Letzteren letztlich durch die Kognition des potenziellen Täters ihre Auswirkung auf seine Handlung zeigen könne.

2. Die subjektive bzw. wahrgenommene Strafwahrscheinlichkeit habe einen breiteren Wirkungsbereich als die anderen (subjektiven sowie objektiven) Strafvariablen, obwohl das Ausmaß ihrer Abschreckungswirkung nur bescheiden sei und weder für alle Delikte noch für alle Menschengruppen gelte.

3. Die Beweise für den Abschreckungseffekt der subjektiven Strafhärte erscheinen widersprüchlich. Der Effekt sei jedoch, wenn überhaupt, noch schwächer als der Effekt der subjektiven Strafwahrscheinlichkeit.

4. Zur subjektiven Strafschnelligkeit gebe es immer noch zu wenig Studien.

5. Es müsse weiter erforscht werden, welche Strafvariable unter welchen Bedingungen in welchem Maß abschreckend wirkt.

Die geschilderten Ergebnisse kommen freilich aus den narrativen Übersichtsarbeiten. Ihre Stärke besteht darin, dass sie einen Plot erzählen und damit gut lesbar sind. Ihre Schwäche ist aber, dass es ihnen an Objektivität bzw. Transparenz fehlt und sie damit nicht replizierbar sind. Von der Auswahl der Primärstudien über die Maßstäbe, an denen man die Auswirkung der identifizierten Mängel bewertet, bis hin zur Gewichtung einzelner Studie hängt alles von der Willkür des Autors an. Zudem sind die Kriterien nicht klar genug beschrieben, wenn sie überhaupt angegeben werden⁴⁸¹.

5.5.2. Systematische Übersichtsarbeit und Metaanalyse

Als Alternative zur narrativen Übersichtsarbeit bietet sich die systematische Übersichtsarbeit an, die zwar bereits Anfang des 20. Jahrhunderts erfunden, aber erst seit den 1970er-Jahren intensiv weiterentwickelt und immer häufiger angewendet wird. Bei der systematischen Übersichtsarbeit handelt es sich um eine Reihe von standardisierten sowie

⁴⁸⁰ Loughran/Paternoster/Weiss, in: Piquero (Hrsg.), Handbook, 2016, S. 50 (56–57, 65, 68); Stafford, in: Wright (Hrsg.), Encyclopedia, 2015, S. 255 (256); Nagin, in: Tonry (Hrsg.), Handbook, 2000, S. 345 (359–362); Kunz/Singelstein, Kriminologie, 7. Aufl. (2016), Rn. § 20 Rn. 20–21; Meier, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 29; Streng, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 39 (47); Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 83; Kaiser, Kriminologie, 3. Aufl. (1996), S. 260; Dölling, ZStW 102 (1990), 1 (8).

⁴⁸¹ Cooper, Research synthesis and meta-analysis, 5. Aufl. (2016), S. 9; Borenstein/Hedges/Higgins u. a., Meta-Analysis, 2009, S. xxii.

transparenten Prozessen zur Sammlung, Auswahl und Auswertungen von empirischen Studien zum gleichen Thema. Anzugeben sind vor allem die Suchmethoden (etwa Datenbanken, Stichwörtern, Kontakte mit welchen Autoren usw.) und die angewendeten Richtlinien für Ein- oder Ausschließung der Primärstudien (etwa Zeitrahmen, Forschungsdesign, methodologische Qualitätskriterien usw.). Dies sorgt für eine maximale Replizierbarkeit, die bedeutet, dass ein Dritter zum gleichen Ergebnis kommen kann, wenn er die gleichen Prozesse führt. Was replizierbar ist, ist objektiv verifizierbar⁴⁸².

Was die systematische von der narrativen Übersichtsarbeit unterscheidet, ist unter anderen das statistische Mittel der „Metaanalyse“, das dazu dient, verschiedene Effektstärken objektiv zusammenzufassen. Dabei ist aber zu beachten, dass eine „Effekt“-Stärke keine Stärke eines „Kausal“-Effekts sein muss. Unter „Effektstärke“ versteht man vielmehr die Einschätzung des *Zusammenhangsmaßes* zwischen den erklärenden und zu erklärenden Variablen, der in zahlreichen Formen auftreten kann, wie z. B. als Korrelationskoeffizient, Regressionskoeffizient, Quotenunterschied usw. Darüber, ob ein festgestellter Zusammenhang zwischen Variablen als eine kausale Beziehung interpretieren werden kann, entscheiden vor allem das Forschungsdesign und die zusammengetragenen Beweise zum Thema⁴⁸³. Indem die Metaanalyse einzelne Effektstärke nach bestimmten mathematischen Regeln (etwa der „Inverse-Varianz-Methode“) gewichtet und daraus eine gewichtete durchschnittliche Effektstärke berechnet, erzielt sie eine weitaus höhere Objektivität als die narrative Übersichtsarbeit⁴⁸⁴.

5.5.3. Systematische Übersichtsarbeit über Abschreckungsforschung im Allgemeinen

Rupp hat in seiner systematischen Übersichtsarbeit 6.530 Effektstärken aus 700 Abschreckungsstudien von 1950 bis 2006 geholt. Alles zusammengenommen ergeben sie keine durchschnittlich signifikante Einschätzung des Abschreckungseffekts ($t = -1.40$). Nach *Rupp* sei das Bestehen dieses Effekts aber viel wahrscheinlicher als dessen Nichtbestehen, weil die durchschnittliche Effektstärke näher am signifikanten Niveau als bei null liege⁴⁸⁵.

⁴⁸² *Cooper*, Research synthesis and meta-analysis, 5. Aufl. (2016), S. 10, 12–23; *Borenstein/Hedges/Higgins u. a.*, Meta-Analysis, 2009, S. xxiii.

⁴⁸³ *Cooper*, Research synthesis and meta-analysis, 5. Aufl. (2016), S. 270; *Borenstein/Hedges/Higgins u. a.*, Meta-Analysis, 2009, S. 17–19, 209; *Morgan/Winship*, Counterfactuals and Causal Inference, 2. Aufl. (2015), S. 6, 30–34.

⁴⁸⁴ *Cooper*, Research synthesis and meta-analysis, 5. Aufl. (2016), S. 15–23; *Cumming*, Understanding the new statistics, 2012, S. 231–237.

⁴⁸⁵ *Rupp*, Meta Analysis of Crime and Deterrence, 2008, S. 192, 96.

Ein Durchschnitt ist jedoch aus verschiedenen Werten zusammengesetzt. Je nach Bedingungen sind stärkere, schwächere oder kontraproduktive Abschreckungseffekte zu beobachten. So hat *Rupp* folgende Unterschiede festgestellt:

- Bezüglich der *Strafart*: Im Vergleich zum Abschreckungseffekt von anderen Strafen erscheine der Effekt der Todesstrafe viel schwächer, instabil und insignifikant.
- Bezüglich der *Abschreckungsvariablen*: Viele Varianten der Strafwahrscheinlichkeit, z. B. das Risiko der Entdeckung, Festnahme und Verurteilung, weisen eine negative Effektstärke auf. Mit ihrem Anstieg vermindert sich die Kriminalität, was der Erwartung der Abschreckungstheorie entspricht. Dagegen zeigt eine Variante der Strafwahrscheinlichkeit (Aufklärungsquote) und zwei Varianten der Strafhärte (Vollzug und Länge der Freiheitsstrafe) als kontraproduktiv. Mit ihrem Anstieg vermehrt sich die Kriminalität.
- Bezüglich der *Deliktsgruppen*: Die Studien zu Vergehen, qualifiziertem Diebstahl, vorsätzlicher Körperverletzung und Besitz von „harten Drogen“ (z. B. Cocain) ergaben einen größeren Abschreckungseffekt, während die Studien zu Umweltdelikten, Trunkenheit am Steuer, Betrug, Steuerhinterziehung, fahrlässiger Körperverletzung, Besitz von „weichen Drogen“ (z. B. Cannabis), Einbruchs- sowie Autodiebstahl einen kontraproduktiven Effekt zeigten⁴⁸⁶.

Angesichts dieser Erkenntnisse empfiehlt es sich, Abschreckungseffekte differenziert zu betrachten. Eine Alles-oder-nichts-Annahme wird der Natur der Sache nicht gerecht.

5.5.4. Systematische Übersicht über die kriminalstatistischen Abschreckungsforschungen

Eine andere systematische Übersichtsarbeit hat *Spirgath* unter Verwendung desselben Studienpools wie *Rupp* ausgearbeitet. *Spirgath* visierte 411 Studien dieses Studienpools an, die unter Verwendung der offiziellen Kriminalstatistik den Abschreckungseffekt von anderen Strafen als der Todesstrafe untersuchen. Experimente, Quasi-Experimente und Befragungen waren ausgeschlossen. Aus diesen Studien hat *Spirgath* eine durchschnittliche Effektstärke ($t = -1.46$) berechnet, die als insignifikant gilt. Damit ist *Spirgath* zu demselben Fazit wie *Rupp* gelangt, „dass eine Bestätigung der Abschreckungshypothese wahrscheinlicher ist als ihre Falsifikation“⁴⁸⁷. Die außergewöhnlich hohe Korrelation zwi-

⁴⁸⁶ *Rupp*, a.a.O., S. 191, 160–161; die zusammengefasste Version dieser Arbeit ist *Dölling/Entorf/Hermann u. a.*, *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), 201 (215).

⁴⁸⁷ *Spirgath*, *Metaanalyse zur Abschreckungswirkung*, 2013, S. 193 f.

schen der Effektstärke einerseits und Fachdisziplin von Studienautoren, Publikationsmedien sowie Studiendesign andererseits weise jedoch deutlich darauf hin, dass der Abschreckungseffekt, wenn überhaupt, „nicht besonders stark ist“⁴⁸⁸.

Weitere Analysen von *Spirgath* ergaben drei klare Erkenntnisse⁴⁸⁹:

1. Bezüglich der *Strafvariablen*: Abschreckung wirke eher durch die Erhöhung der Strafwahrscheinlichkeit, insbesondere der Arrestquote und der Verurteilungsquote, nicht aber durch die Erhöhung der Strafhärte.

2. Bezüglich der *Zielgruppen*: Abschreckende Maßnahme wirke sich weniger stark auf jüngere Leute aus.

3. Bezüglich der *Deliktgruppen*: „Von den einzelnen deliktischen Verhaltensweisen weisen allein die Einbrüche eine signifikante Korrelation auf.“ „Entgegen der Erwartungen weisen andere Straftatengruppen, etwa Gewalt- oder Steuerdelikte, keine Besonderheiten auf.“

Um den Zweifel, die genannten Erkenntnisse der Metaanalyse seien wegen mangelhaften Designs der Primärstudien unglaublich, auszuräumen, hat *Spirgath* einen „Teildatensatz qualitativ elaborierter Studien“ herausgefiltert, die von 8 üblichen Fehlern befreit sind. Es verblieben von den 411 Studien nur noch 60⁴⁹⁰. Die durchschnittliche Effektstärke ist im Absolutwert etwas kleiner ($t = -1.35$) geworden, unterscheidet sich dennoch nur unerheblich vom Durchschnittseffekt des ganzen Datensatzes⁴⁹¹.

Spirgath warnt aber vor einer vorschnellen Schlussfolgerung für den Abschreckungseffekt der Strafen, weil der Einfluss von weiteren Fehlerquellen nicht in seiner Arbeit überprüft werden konnte. Vor allem bestehe die Gefahr der unzuverlässigen Daten, weil sich viele Primärstudien der gleichen oder ähnlichen Rohdaten bedienen haben, wie z. B. „Uniform Crime Reports“ von FBI der USA, „Polizeiliche Kriminalstatistik“ von PKA und „Strafverfolgung“ vom Statistischen Bundesamt Deutschlands⁴⁹². Derselbe Fehler in diesen Rohdaten werde in der Metaanalyse mehrfach erfasst. Sein Einfluss auf das Ergebnis der Metaanalyse vergrößere sich dementsprechend und führe zu erheblichen Verzerrung jenes Ergebnisses. Die Gefahr der unzuverlässigen Daten basiert auf keiner Spekulation. Heute ist allgemein anerkannt, dass „Uniform Crime Reports“ bis Anfang 1970er-

⁴⁸⁸ *Spirgath*, a.a.O., S. 342 f.

⁴⁸⁹ *Spirgath*, a.a.O., S. 343–344, 296.

⁴⁹⁰ *Spirgath*, a.a.O., S. 326.

⁴⁹¹ *Spirgath*, a.a.O., S. 333.

⁴⁹² *Spirgath*, a.a.O., S. 334 f.

Jahre qualitativ sehr unzureichend erfasst wurden⁴⁹³.

Ein anderes Problemfeld stellen die Störvariablen dar, deren Einfluss auf die Kriminalität in den Primärstudien nicht hinreichend kontrolliert wurden⁴⁹⁴. *Spirgath* hat festgestellt, dass 27 % der von ihm analysierten Primärstudien nur 3 oder weniger Kontrollvariablen und 24 % keine einzige Kontrollvariable verwendeten⁴⁹⁵. Für die Aufklärung des Abschreckungseffekts, bei dem es sich um höchst komplizierte Bestimmungsfaktoren der Kriminalität handelt, reichen 3 Kontrollvariablen bei Weitem nicht aus.

5.6. Folgerungen für die Vorsatzabstufung

5.6.1. Zurzeit kein konkreter Maßstab für die Strafzumessung

Wie aus dem Ausgeführten ersichtlich wird, gibt es nach dem heutigen Wissensstand zwar gute Belege für den Abschreckungseffekt der Strafen – allenfalls nur für die Strafwahrscheinlichkeit. Der Beweis für die Wirkung der Strafhärte ist dagegen noch zu dünn. Möglicherweise gibt es keine allgemeine, sondern nur partiellen Abschreckungseffekt der Strafhärte, dessen Bedingungen in Bezug auf etwa Deliktstypen, Altersgruppen, Regionen, wirtschaftliche und soziale Lage weiter erforscht werden sollen.

Es verwundert daher nicht, dass nach der h. M. die Theorie der negativen Generalprävention bislang keine konkreten Maßstäbe für die Strafzumessung anbieten konnte⁴⁹⁶. So hat *Hörnle* vor 20 Jahren die Prognose geäußert: „Es bedürfte Informationen darüber, welche Strafhöhen welche präventiven Effekte erzielen könnten. Da schon die Beweisführung über die *grundsätzliche Wirkungsrichtung* bisher nicht gelungen ist, dürfte es an Unmöglichkeit grenzen, zu Aussagen über *qualifizierbare* Effekte bei Abweichungen im Strafmaß zu gelangen.“⁴⁹⁷ Nach *Horn* fehlen Anhaltspunkte „erst recht dafür, welches Ausmaß an Strafschärfung (im Rahmen der ‚schuldangemessenen‘ Strafe) erforderlich ist, um Wirkung i.S. der negativen Generalprävention zu erzielen⁴⁹⁸.“ *Frisch* nahm früher zwar an, dass „die Drohung mit Strafe“ jedenfalls für die Unterscheidung zwischen dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit eine Rolle spielen soll⁴⁹⁹. Er räumt später jedoch ein, das Konzept sei „rational nicht umsetzbar“, auch wenn man es gerne hätte. „Denn niemand

⁴⁹³ *Cantor/Cohen*, Social Science Research 9 (1980), 121 (121).

⁴⁹⁴ *Spirgath*, Metaanalyse zur Abschreckungswirkung, 2013, S. 339.

⁴⁹⁵ *Spirgath*, a.a.O., S. 323 f.

⁴⁹⁶ *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. (1996), S. 259 f.

⁴⁹⁷ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 83. Hervorhebungen im Original.

⁴⁹⁸ *Horn*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 30.

⁴⁹⁹ Vgl. oben S. 62.

weiß, welche Strafdrohung geeignet und erforderlich sind, um gewisse etwa angestrebte Abschreckungseffekte (oder Abschreckungsquotienten) zu erreichen⁵⁰⁰.“ In ähnlicher Weise stellt *Meier* fest: „Theoretische Aussagen darüber, dass ein bestimmtes Strafmaß zur Erreichung dieser Effekte erforderlich sei, aber auch genüge, fehlen⁵⁰¹.“

Diese Kritik hat jedoch nur insofern recht, als sie meint, dass *momentan* keine handhabbare Richtlinie für die Strafzumessung nach den negativ-generalpräventiven Erwägungen geschmiedet werden könne. Sie hätten dagegen unrecht, wenn sie damit meint, dass es keine empirische Aussage über das erforderliche Strafmaß zur Erreichung eines bestimmten Abschreckungseffekts gebe oder die empirische Forschung derartige Aussage nicht vermöge. Solche Aussagen wurden in vielen quantitativen Studien bereits durch die Regressionskoeffizienten für die Strafhärte zum Ausdruck gebracht. *Bailey* hat z. B. berechnet, dass ein zusätzlicher Monat der verbüßten Freiheitsstrafe die Kriminalitätsrate der Vergewaltigung im Jahr 1951 um 0,250 bis 0,325 und im Jahr 1961 um 0,047 bis 0,050 Fälle pro 100.000 Einwohner senken⁵⁰². Nach *Entorf/Spengler* verringere sich der schwere Diebstahl um ca. 15 %, wenn die Dauer der Freiheitsstrafe um ca. 272 % verlängert wird⁵⁰³. Zur Verfügung stehen *momentan* keine handhabbaren Richtlinien für die negativ-präventive Strafzumessung also nicht deshalb, weil es an derartigen empirischen Aussagen überhaupt fehlt, sondern deshalb, weil die methodologischen Schwierigkeiten für die Abschreckungsforschung noch nicht hinreichend bewältigt werden, sodass diese Aussagen als hinreichend zuverlässig erweisen. Im nächsten Abschnitt sind die größten methodologischen Herausforderungen darzustellen.

5.6.2. Methodologischen Schwierigkeiten

Dass die Voraussetzungen sowie Reichweite des Abschreckungseffekts der Strafhärte bislang nicht festgestellt werden können, ist weder gleichbedeutend damit, dass er sich nie nachweisen lasse, noch gar damit, dass er schon widerlegt worden sei. Bevor die endgültige Antwort gefunden wird, sind freilich viele methodologische Schwierigkeiten zu überwinden, die je nach dem Forschungsdesign unterschiedlich sind.

5.6.2.1. Allgemeines

Ein allgemeines Problem der bisherigen Abschreckungsstudien ist das Fehlen von mehrstufigen Analysen, die sowohl die Variablen auf der individuellen als auch der ge-

⁵⁰⁰ *Frisch*, in: FS Schünemann, 2014, S. 55 (59); *Frisch*, GA 2019, 185 (187); vgl. dazu oben bei Fn. 343.

⁵⁰¹ *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 24.

⁵⁰² *Bailey*, Journal of Behavioral Economics 6 (1977), 109 (123, 128).

⁵⁰³ „Modell 2“ von *Entorf/Spengler*, MschrKrim 88 (2005), 313 (330).

sellschaftlichen Ebenen berücksichtigen. Bislang wird auf der Suche nach dem Abschreckungseffekt auf der einen Ebene vorgegangen⁵⁰⁴, was zur Vernachlässigung des Kausalzusammenhangs auf der anderen Ebene und der Wechselwirkungen zwischen den Ebenen führt⁵⁰⁵. Dies hat nicht nur ein unvollständiges Begreifen der Abschreckung zur Folge, sondern auch Verzerrungen von Effektschätzungen (engl.: „Omitted Variable Bias“)⁵⁰⁶.

5.6.2.2. „Reales“ Experiment

Für Laborexperimente ist entscheidend, dass die Vignette oder die experimentelle Situation der Realität nahe kommen, damit die externe Validität der Studienergebnisse verstärkt wird. Immerhin besteht Zweifel daran, ob und inwieweit die Entscheidungen der Probanden darüber, Straftaten zu begehen, in die Realität umgesetzt werden können⁵⁰⁷.

Bei Feldexperimenten liegt der Schlüssel darin, möglichst homogene Vergleichsgruppen zu bilden und die Auswirkung der Intervention innerhalb der Versuchsgruppen einzugrenzen. Das berühmte „Kansas City preventive patrol experiment“⁵⁰⁸, das kein statistisch signifikanter Unterschied in der Kriminalitätsrate festgestellt hat, einerlei, ob die Polizeistreifen in der Versuchsgemeinde normal, 2- bis 4-fach so häufig wie in den Vergleichsgemeinden oder gar nicht stattfanden, scheiterte eben daran, dass die für die Versuchsgemeinde bestimmten Polizeiwagen unkontrolliert durch die Vergleichsgemeinden gefahren waren. Die Bewohner in den beiden Gruppen der Gemeinden konnten folglich keinen Unterschied in der Häufigkeit der Polizeistreifen und damit in der Strafwahrscheinlichkeit spüren. Neuere Forschungen konnten dieses Problem besser in den Griff bekommen und dadurch eine höhere Validität erzielen⁵⁰⁹.

Für Feldexperimente zum Abschreckungseffekt der Strafhärte gibt es jedoch ein spezielles Problem, dass ein Versuchsaufbau, Straftäter per Zufall in die Gruppe der harten oder milden Bestrafung zuzuweisen, in einem Rechtsstaat nur schwer erlaubt ist. Das Experiment mit der Strafwahrscheinlichkeit durch eine Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO) wäre hingegen begrenzt vorstellbar.

⁵⁰⁴ Dölling/Entorf/Hermann u. a., European Journal on Criminal Policy and Research 15 (2009), 201 (209).

⁵⁰⁵ Spirgath, Metaanalyse zur Abschreckungswirkung, 2013, S. 111.

⁵⁰⁶ Wooldridge, Introductory Econometrics, 5. Aufl. (2013), S. 84–86.

⁵⁰⁷ S. 124 f., 266 ff. („Die Intention-Straftat-Kluft“).

⁵⁰⁸ Kelling/Pate/Dieckman u. a., The Kansas City Preventive Patrol Experiment, 1974, S. v f.

⁵⁰⁹ Loughran/Paternoster/Weiss, in: Piquero (Hrsg.), Handbook, 2016, S. 50 (60–63); National Research Council, in: Panel on Research on Deterrent and Incapacitation Effects/Blumstein/Cohen u. a. (Hrsg.), Deterrence and Incapacitation, 1978, S. 1 (55 f.).

5.6.2.3. Quasi-Experiment

Anstatt des „realen“ Experiments greift die Sozialwissenschaft häufig zum Quasi-Experiment, das ein gesellschaftliches Ereignis, wie etwa eine Strafverschärfung durch die Gesetzgebung oder „Sentencing Guidelines“, als erklärende Variable behandelt.

Für das Quasi-Experiment ist zum einen entscheidend, dass dieses gesellschaftliche Ereignis einem natürlichen bzw. zufälligen Ereignis möglichst ähnelt. Es muss mit den anderen Faktoren, die den Erfolg mitverursachen, vermitteln oder sein Ausmaß ändern, in keinem Zusammenhang stehen. In diesem Fall kann die Zuteilung der Stichprobe zu verschiedenen Gruppen als eine zufällige (randomisierte) Zuordnung angesehen werden⁵¹⁰. Zum anderen müssen, wie beim „realen“ Experiment, die Versuchs- und die Vergleichsgruppen möglichst vergleichbar sein (*ceteris paribus* zwischen Gruppen), sodass alle alternativen Erklärungen der Kausalbeziehung ausgeschlossen werden können. Ein Quasi-Experiment ist auch ohne eine wirkliche Vergleichsgruppe durchzuführen, wobei die Stichprobe vor dem Ereignis als Vergleichsgruppe und die nach dem als Versuchsgruppe dienen. Für derartige Studie ist maßgebend, dass die Stichprobe vor und nach dem Ereignis in allen relevanten Aspekten gleich beschaffen bleibt, bis auf das Ereignis an sich (*ceteris paribus* innerhalb der Gruppe)⁵¹¹.

5.6.2.4. Nicht-experimentelle Studien

Die Mehrheit der Abschreckungsforschungen, insb. der zur Strafhärte, stellt nicht-experimentelle Studien dar, bei denen das „*ceteris paribus*“-Kriterium viel schwieriger als beim realen und Quasi-Experiment zu erfüllen und deswegen die Validität der aus diesen Studien hervorgehenden Kausalaussagen auch viel schwieriger festzustellen ist. Ein verbreiteter Zweifel lautet: „Experiments are the only type of research that allows causal conclusion“⁵¹². Bei manchen wird diese Skepsis gewissermaßen relativiert: „Eine Kausalbeziehung kann empirisch *grundsätzlich* [Hervorhebung durch den Verfasser] nur mit einer experimentellen Untersuchungsanordnung nachgewiesen werden“⁵¹³. Nach einer noch milderen Fassung der Skepsis sei das Experiment zwar keine einzige, aber doch die „allein zuverlässige“ Methode zur Ermittlung vom Effekt eines Programms – demzufolge seien andere, wenngleich weniger zuverlässige, Methoden möglich, wie z. B. das Quasi-

⁵¹⁰ Morgan/Winship, Counterfactuals and Causal Inference, 2. Aufl. (2015), S. 326.

⁵¹¹ National Research Council, in: Panel on Research on Deterrent and Incapacitation Effects/Blumstein/Cohen u. a. (Hrsg.), Deterrence and Incapacitation, 1978, S. 1 (53–55).

⁵¹² MacFarlane/Veach/LeRoy, Genetic Counseling Research, 2014, S. 104; vgl. auch Goodwin/Goodwin, Research in psychology, 8. Aufl. (2017), S. 313.

⁵¹³ Meier, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 31.

Experiment⁵¹⁴.

Derartige Skepsis an sich steht aber mit dem heutigen wissenschaftlichen Verständnis nicht im Einklang. Die Herausforderungen bei der kausalen Schlussfolgerung mittels nicht-experimenteller Forschung sind nach den derzeitigen Methodologien zweifellos noch immens, jedenfalls nicht unüberwindbar. Diese zu bewältigen, stellt den Existenzgrund der Sozialwissenschaften dar. Dass Experimente für die Sozialwissenschaften in der Praxis nur selten anwendbar sind, hindert aber nicht an der Ansammlung von Wissen über die Kausalzusammenhänge sozialer Phänomene durch nicht-experimentelle Studien⁵¹⁵. So lehrt die Wissenschaftstheorie: „Allerdings setzen Wissenschaftler auch beim Versuch, kausale Beziehung festzustellen, nicht ausschließlich Experimente ein⁵¹⁶“; „[F]undierte Schlussfolgerungen können aus nicht-experimentellen Datensätzen gezogen werden⁵¹⁷“; „In Wirklichkeit können sehr überzeugende Folgerungen gezogen werden, wenn reichlich nicht-experimentelle Datensätze zur Verfügung stehen, sodass Überprüfungen auf vielseitige Implikationen derselben Kausalhypothese ermöglicht werden⁵¹⁸.“

Die größten Herausforderungen bei der nicht-experimentellen Abschreckungsforschung sind die Daten über die folgenden Faktoren zu erheben, ihre Rolle für die Abschreckung aufzuklären und sie statistisch zu kontrollieren:

1. Das vollständige Sanktionssystem samt seinen Änderungen für das zu analysierende Delikt (d. h. die kompletten objektiven Strafvariablen)⁵¹⁹;
2. Die Wahrnehmung dieses Systems samt seinen Änderungen durch die Bevölkerung oder die potenziellen Täter (d. h. die kompletten subjektiven Strafvariablen)⁵²⁰;
3. Weitere Faktoren, die das zu analysierende Delikt mitverursachen oder seine Häufigkeit ändern oder die Wirkung der Strafvariablen modifizieren⁵²¹;

⁵¹⁴ Killias/Kuhn/Aebi, Grundriss der Kriminologie, 2. Aufl. (2011), Rn. 1176, 1124.

⁵¹⁵ Morgan/Winship, Counterfactuals and Causal Inference, 2. Aufl. (2015), S. 6, 437; Smith, in: Morgan (Hrsg.), Handbook, 2014, S. 45 (57, 52); Barringer/Eliason/Leahey, in: Morgan (Hrsg.), Handbook, 2014, S. 9 (16); Wooldridge, Introductory Econometrics, 5. Aufl. (2013), S. 2, 12, 16.

⁵¹⁶ Reiss, Causation, Evidence, and Inference, 2015, S. 59. Aus dem Englischen übersetzt durch den Verfasser.

⁵¹⁷ Freedman, Sociological Methodology 21 (1991), 291 (292). Aus dem Englischen übersetzt durch den Verfasser.

⁵¹⁸ Bachman/Schutt, The Practice of Research in Criminology and Criminal Justice, 6. Aufl. (2016), S. 166. Aus dem Englischen übersetzt durch den Verfasser.

⁵¹⁹ Committee on Deterrence and the Death Penalty, Deterrence, 2012, S. 4–5, 32–33, 36; Nagin, Significance 11 (2014), 9 (11).

⁵²⁰ Committee on Deterrence and the Death Penalty, Deterrence, 2012, S. 5–6, 33–34, 101, 105, 107; Nagin, Significance 11 (2014), 9 (11 f.).

⁵²¹ Committee on Deterrence and the Death Penalty, Deterrence, 2012, S. 65–69, 88, 93–96, 112; Spigath, Metaanalyse zur Abschreckungswirkung, 2013, S. 322–324.

4. Die Rückkopplung vom zu analysierenden Delikt zu den Strafvariablen, in dem Sinn, dass sich seine Häufigkeit oder Sensationalität auf die Strafvariablen auswirkt⁵²²;

5. Die Wechselwirkungen zwischen den Straforten für das zu analysierende Delikt, in dem Sinn, dass die Anwendung einer Strafort die der anderen beeinflusst⁵²³.

5.6.2.5. Zwischenergebnis

Diese methodologischen Herausforderungen lassen sich zwar nur schwierig und wahrscheinlich auch nicht in kurzer Zeit bewältigen. Man sollte das Potenzial der empirischen Forschung aber nicht unterschätzen. Im Rückblick auf die Entwicklung der Sozialwissenschaft lässt sich feststellen, dass alle 30 bis 40 Jahre, wenn nicht ein Durchbruch, so doch deutliche Fortschritte auch bei den Fragen erzielt werden können, deren Klärung zuvor als nur schwer oder gar unmöglich betrachtet wurden, wie etwa beim Nachweis der positiven Generalprävention (→ Abschnitt 6) und der Spezialprävention (→ Kapitel 4: Abschnitt 4).

Vor allem die fundierten Erkenntnisse der Psychologie und Neurowissenschaft legen es nahe, dass der Abschreckungseffekt der Strafe doch besteht. *Bandura* hat 1965 durch ein klassisches Experiment zum ersten Mal gezeigt, dass Kinder durch Beobachtung von aggressiven Handlungen im Film und deren Konsequenzen (einer Belohnung, einer Bestrafung oder nichts, d. h. einer neutralen Konsequenz) die Aggressivität erlernen können. Die bestrafte Gruppe zeigten signifikant weniger Aggressivität als die belohnte Gruppe und die neutrale Gruppe⁵²⁴. Das sog. Beobachtungslernen (auch: Modell-Lernen, das soziale Lernen oder das kognitiven sozialen Lernen) hat sich mittlerweile als empirisch etablierte Theorie sowohl in der Psychologie als auch in der Kriminologie erwiesen⁵²⁵. Es gilt sowohl für Kinder als auch für Erwachsene⁵²⁶. Außerdem ergeben sich aus den jüngsten neurowissenschaftlichen Studien, dass Menschen bei der Beobachtung einer fremden Handlung und deren Konsequenzen die gleiche neurale Aktivität erfahren wie bei der eigenen Handlung. Konkreter: Die Beobachtung der Belohnung einer fremden Handlung führte zur Verstärkung der neuronalen Aktivitäten im motorischen Cortex des Beobachters,

⁵²² *Committee on Deterrence and the Death Penalty*, Deterrence, 2012, S. 41–42, 66–68, 111–112; *National Research Council*, in: Panel on Research on Deterrent and Incapacitation Effects/*Blumstein/Cohen u. a.* (Hrsg.), Deterrence and Incapacitation, 1978, S. 1 (60); *Spirgath*, Metaanalyse zur Abschreckungswirkung, 2013, S. 324.

⁵²³ *Committee on Deterrence and the Death Penalty*, Deterrence, 2012, S. 113; *Roman/Chalfin/Knight*, *American Law and Economics Review* 11 (2010), 530.

⁵²⁴ *Bandura*, *Journal of Personality and Social Psychology* 1 (1965), 589 (592).

⁵²⁵ Näher S. 115 f.

⁵²⁶ *Reno/Cialdini/Kallgren*, *Journal of Personality and Social Psychology* 64 (1993), 104 (108); *Aronson/Wilson/Akert*, *Social Psychology*, 8. Aufl. (2013), S. 222.

der für die körperliche Bewegung der Handlung gleicher Art zuständig ist, wenn er sie selber vornehmen würde. Die Beobachtung der Bestrafung einer fremden Handlung verstärkt dagegen die neurale Aktivitäten im motorischen Cortex des Beobachters, der für die Hemmung der Handlung gleicher Art verantwortlich ist, wenn er sie selber vorzunehmen intendiert hat, aber sich schließlich davon abhalten lassen konnte⁵²⁷. Im letzteren Fall werden darüber hinaus die gleichen neuronalen Vorgänge in Bezug auf den Mechanismus von Lernen durch Emotionen hervorgerufen⁵²⁸. All dies unterstützt das Beobachtungslernen, obgleich noch viel zu erforschen bleibt, um den endgültigen Ausdruck dieser neuronalen Aktivitäten in dem komplexen gesellschaftlichen Kontext zu klären. Zwischen dem Beobachtungslernen auf der individuellen Ebene und dem allgemeinen Abschreckungseffekt, der vornehmlich auf der Makroebene mithilfe der aggregierten Statistiken untersucht wird, existiert also eine Kluft, die man nur durch stetige Vertiefung der Methodik erschließen kann.

5.6.3. Probabilistischer Effekt

Das zuletzt Ausgeführte bedeutet, dass die Möglichkeit einer negativ-generalpräventiven Strafzumessung und Vorsatzabstufung bestätigt oder ablehnt werden könnte, sollten die in Abschnitt 5.6.2 dargelegten Schwierigkeiten bewältigt werden.

An dieser Stelle ist jedoch ein etwaiges Missverständnis auszuräumen, dass der Abschreckungseffekt und sein Ausmaß in jedem Einzelfall festgestellt werden müsse, um einen Maßstab für die Strafzumessung zu ermöglichen. So spitzten *Hassemer/Neumann* die empirischen Probleme der Abschreckungsprävention noch zu, wenn „konkret in einem bestimmten Fall die Strafe aus Gründen der Abschreckung geschärft wird⁵²⁹.“ Im Gegensatz zur Effektfeststellung in jedem Einzelfall stützt sich die heutige (Natur- und Sozial-)Wissenschaft auf den Erwartungseffekt (auch: Durchschnittseffekt), der seinerseits auf der Wahrscheinlichkeitstheorie – nicht zu verwechseln mit der Wahrscheinlichkeitstheorie der Vorsatzlehre – basiert. Auch beim Experiment, das längst als eine zuverlässige, bei manchen leider fälschlich als die einzige⁵³⁰ Methode zum Nachweis der Kausalität angesehen wird, sind die Kausalität und ihr Ausmaß, richtig verstanden, nicht beim Individuum festzustellen. Ein und derselbe Proband kann nicht sowohl zur Versuchsgruppe als auch zur Vergleichsgruppe zugeordnet werden. Daher kann sein Ausgang nicht in den bei-

⁵²⁷ *Brown/Wiersema/Pourtois u. a.*, *Neuropsychologia* 51 (2013), 52 (57).

⁵²⁸ *LeDoux/Damasio*, in: *Kandel/Schwartz/Jessell u. a.* (Hrsg.), *Neural Science*, 2013, S. 1079 (1085–1087).

⁵²⁹ *Hassemer/Neumann*, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 284.

⁵³⁰ Vgl. Fn. 512.

den Gruppen, sondern entweder in der einen oder anderen Konstellation, beobachtet werden (sog. „Problem des kontrafaktischen Ausgangs“). Der Forscher muss, um das Problem des kontrafaktischen Ausgangs zu lösen, mehrere Probanden anstellen. Er teilt dann per Zufall einen Teil davon der Versuchsgruppe und den anderen Teil der Vergleichsgruppe zu. Unter der Annahme, eine zufällige Zuteilung stelle die Homogenität der Gruppen her, lässt sich der Unterschied in den durchschnittlichen Ergebnissen der Gruppen auf die Wirkung der experimentellen Manipulation zurückführen⁵³¹.

Entsprechendes gilt für die Forschung über die Generalpräventionen. Der Effekt der Strafzumessung auf die Kriminalitätsrate lässt sich nicht im Einzelfall ermitteln, weil die alternative Kriminalitätsrate in der kontrafaktischen Konstellation, bei der dem Täter eine andere Strafe zugemessen würde, nicht zu beobachten ist. Man muss sich stattdessen auf den Durchschnittseffekt verlassen, wobei es sich von selbst versteht, dass ein Durchschnittswert aus vielen Einzelwerten besteht. Jeder Einzelwert kann höher als, so hoch wie oder niedriger als sein kontrafaktisches Gegenstück liegen – was man nie wissen kann. Ermitteltbar ist doch, dass die durchschnittliche bzw. die zu erwartende Kriminalitätsrate in einer Konstellation höher als, so hoch wie oder niedriger als die in einer anderen, nachdem andere wichtige Faktoren als die Strafzumessung tatsächlich oder statistisch kontrolliert werden.

Auf der Basis des Durchschnittseffekts ist es durchaus möglich, und zwar auch geschehen, die Bedingungen für verschiedene Ausmaße des Abschreckungseffekts nachzuforschen⁵³² – und die daraus gewonnenen Erkenntnisse im Einzelfall anzuwenden. Man könnte etwa versuchen, eine Strafe in bestimmter Art für eine bestimmte Fallkonstellation, etwa dass der Täter mit bestimmter Vorsatzform einen bestimmten Tatbestand verwirklicht hat, zu verhängen oder zu vollziehen, um ein bestimmtes Ausmaß vom Abschreckungseffekt zu erzielen – ob dies sich normativ rechtfertigen lässt, ist eine andere Frage⁵³³.

5.6.4. Erforderlichkeit eines universellen Effekts?

Schließlich könnte sich eine Kritik gegen die Instabilität des Abschreckungseffekts durch Strafhärte richten⁵³⁴. Man könnte etwa fordern, die Abschreckung müsse für *alle*

⁵³¹ Morgan/Winship, *Counterfactuals and Causal Inference*, 2. Aufl. (2015), S. 4–5, 45–47; Barringer/Eliaison/Leahey, in: Morgan (Hrsg.), *Handbook*, 2014, S. 9 (17); Cumming, *Understanding the new statistics*, 2012, S. 78–84, 89–92; Killias/Kuhn/Aebi, *Grundriss der Kriminologie*, 2. Aufl. (2011), Rn. 1124.

⁵³² S. 86 f., 94–97.

⁵³³ S. 69 ff.

⁵³⁴ S. 187.

Deliktstypen oder bei *allen Tätern* zu erwarten sein. So lässt sich die Kritik *Jakobs* verstehen, das Modell der negativen Generalprävention habe „Mängel, die es unbrauchbar machen: Weder beruhen alle Taten auf einem rationalen Kalkül der Tatfolgen, noch stellt ein rationales Kalkül auf die rechtlich notwendige Sequenz von Tat und Strafe ab⁵³⁵.“ In ähnlicher Weise hat *Hörnle* darauf hingewiesen, die Abschreckungstheorie sei „als *universeller Maßstab* für die Strafzumessung *empirisch delegitimiert*.“ „Von zukünftigen Untersuchungen könnte allenfalls erwartet werden, daß sie möglicherweise für bestimmte Tätergruppen eine abschreckende Wirkung belegen, nicht aber einen generalisierenden Wirkungszusammenhang⁵³⁶.“

Hörnle selbst vertritt später die gegenteilige Ansicht: „Zwar sind generalpräventive Wirkungen von Strafverhängung nicht für alle Deliktstypen zu erwarten, aber dies ist kein Grund, zweckrationale Erklärungen aus der Straftheorie kategorisch auszuschließen⁵³⁷.“ Dem ist zuzustimmen, da eine universelle Geltung für einen gesetzlichen Bewertungsmaßstab zwar erwünscht, aber nicht erforderlich ist. Selbst die unproblematischen Elemente der Strafrechtsdogmatik, z. B. Vorsatz und Handlungserfolg, finden nicht bei allen Tatbestände Anwendung. Man denke nur an den Unterschied zwischen den Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten, den zwischen den Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten oder den zwischen Verletzungs- und (abstrakten) Gefährdungsdelikten. Entscheidend ist vielmehr die Bemühung, Zwecke und Maßstäbe des Strafrechts unter Beachtung der Rechtsstaatlichkeit möglichst zu verwirklichen, nachdem sie als legitim begründet wurden – was für die negative Generalprävention als legitimer Strafzweck der Fall ist⁵³⁸.

6. Empirische Erkenntnisse über die positiv-generalpräventive Strafzumessung

Empirischen Studien zur positiven Generalprävention liegen in geringerer Zahl vor als die zur negativen Generalprävention. Es liegt an der Entwicklung der Kriminologie und der Sozialwissenschaft. Obwohl es seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vereinzelte empirische Studien zur präventiven Wirkung der Strafe gibt⁵³⁹, nimmt die Anzahl derartiger Studien jedoch erst seit den 1950er-Jahren als Folge eines globalen Trends zur

⁵³⁵ *Jakobs*, AT, 2. Aufl. (1991), 1/28.

⁵³⁶ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 83; Hervorhebungen im Original.

⁵³⁷ *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 58, Ziff. 5.

⁵³⁸ Vgl. S. 78 f.

⁵³⁹ S. 82.

Abschaffung der Todesstrafe deutlich zu⁵⁴⁰. Der zweite Grund besteht in der Entwicklung der Theorie positiver Generalprävention an sich. Sie wurde zwar bereits in der strafrechtlichen Literatur des 18. Jahrhunderts als Strafzweck diskutiert. Im Fokus der empirischen Forschung steht seit damals aber überwiegend der Abschreckungseffekt. In den Vordergrund gerückt wird die positive Generalprävention in Deutschland erst durch die Strafzweckdebatte der 1960er-Jahre⁵⁴¹ und in Großbritannien erst durch den Fall *Regina v. Sargeant* aus dem Jahr 1974⁵⁴².

Aus diesen Gründen verwundert es nicht, dass die Forschung zur positiven Generalprävention eher spät begann und sich langsam verbreitet hat. Somit sind viele ihrer Thesen auch bis heute noch nicht empirisch untersucht worden⁵⁴³.

6.1. Die zu überprüfenden Thesen

Deutsche Strafrechtler sowie Kriminologen haben eine Vielfalt von empirischen Thesen über die Wirkung, Wirkungsweise und die Beweisbarkeit der positiven Generalprävention gestellt.

Frisch selbst, als er die Vorsatzabstufung nach den positiv-generalpräventiven Erwägungen zum ersten Mal vertrat, verwies schon auf die Kontroverse um die Wirkungen der Strafe, wollte aber diese Frage nicht weiterverfolgen. Stattdessen ging er ohne weitere Begründung davon aus, die Geeignetheit der Strafe, die von ihm geschilderten sozialpsychologischen Gefahren der begangenen Straftat entgegenzuwirken, sei „jedenfalls im Konzept“ vorhanden⁵⁴⁴. Allein angesichts dessen dürfte man spekulieren, dass die positiv-generalpräventive Vorsatzabstufung *Frischs* auf keiner gesicherten Basis stehen könnte.

6.1.1. Zweifel an der empirischen Überprüfbarkeit

Der Mangel an empirischer Forschung zur positiven Generalprävention in den 1980er-Jahren ist für Schöch und *Schumann* ein Anlass, Studien selber durchzuführen⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ *Rupp*, Meta Analysis of Crime and Deterrence, 2008, S. 85; *Sellin*, in: *Sellin* (Hrsg.), Murder, 1952, vii; *Bedau* (Hrsg.), The Death Penalty in America, 1997, S. 13.

⁵⁴¹ Vgl. *Terlinden*, Von der Spezial- zur positiven Generalprävention, 2009, S. 200; *Dubber*, ZStW 117 (2005), 485 (490).

⁵⁴² (1974) 60 Cr App R 74; vgl. *Walker/Marsh*, The British Journal of Criminology 24 (1984), 27 (28); *Walker*, Aggravation, Mitigation and Mercy in English Criminal Justice, 1999, S. 21.

⁵⁴³ Übersicht bis in die 1990er-Jahre: *Schumann*, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 17 (22–28); *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 26–34.

⁵⁴⁴ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 48, Fn. 83.

⁵⁴⁵ *Schumann*, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 17 (19); *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 14–25; *Schöch*, in: FS Jescheck, 1985, S. 1081 (1093).

Manche bestreiten dagegen die empirische Verifizierbarkeit der Theorie.

Schon 1977 verwies das *Bundesverfassungsgericht* darauf, es gebe „bisher keine fundierten Effizienzuntersuchungen“ zur Wirkung der Strafe für die positive Generalprävention. „Wahrscheinlich lassen sich bei der schwersten Tötungskriminalität verbrechensmindernde Wirkungen aus einer bestimmten Strafandrohung oder Strafpraxis überhaupt nicht meßbar nachweisen.“

In ähnlicher Weise hielte *Hassemer* 1979 es für „zweifelhaft“, ob die Theorie der positiven Generalprävention im strengen Sinne als eine empirische Theorie für die Prognose der Wirkung von Strafen versteht werden kann⁵⁴⁶. „Jedenfalls enthält sie“, so behauptete *Hassemer*, „keine Aussagen, die nach den Gesetzen wissenschaftlicher Methode derzeit überprüfbar wären“. Sein Ergebnis lautete: „Daß Strafzumessung die sozialen Normen in der richtigen Richtung aufbaut und stützt, kann man nur hoffen, nicht aber nachweisen“⁵⁴⁷. *Hassemer* hat später seine Meinung revidiert, indem er meint: „mittlerweile erscheint nicht mehr als ausgeschlossen, die empirischen Grundlagen der Theorie positiver Generalprävention [...] zu bestätigen“⁵⁴⁸, wenn auch solche Möglichkeit immer noch extrem unwahrscheinlich sei⁵⁴⁹.

Die Grundannahme der deutschen Strafrechtswissenschaft zur empirischen Überprüfbarkeit der positiven Generalprävention lässt sich seitdem so zusammenfassen: möglich, aber schwierig und bislang kaum gelungen. So bezeichnet *Hörnle* die Hypothese, „dass sich bereits kleinere Schwankungen in den Strafhöhen auf Verhaltensdispositionen oder Normakzeptanz auswirken“, als „eine starke Überschätzung der ‚seismographischen Sensibilität‘ der Bevölkerung“⁵⁵⁰. „Nachzuweisen sind solche Zusammenhänge kaum.“ Forschung zur positiven Generalprävention sei „nur unter extremen Bedingungen gesellschaftlicher Anomie vorstellbar.“ Allenfalls stellt *Hörnle* „auf der Ebene der Plausibilität“ fest, dass „ein Zusammenhang von gerichtlicher Normbestätigung und späterem Legalverhalten in der Bevölkerung vermutlich besteht“⁵⁵¹.

Meier geht davon aus, „die positive Generalprävention entzieht sich weitgehend der empirischen Überprüfung“. „Diese ‚Immunität‘ gegenüber der Empirie [...] ist in erster Linie eine Folge der Tatsache, dass hochkomplexe Vorgänge wie die Bildung von Vertrauen oder gar die Entwicklung eines allgemeinen Rechtsbewusstseins durch so viele Deter-

⁵⁴⁶ *Hassemer*, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke* (Hrsg.), Hauptprobleme, 1979, S. 29 (39).

⁵⁴⁷ *Hassemer*, a.a.O., S. 52.

⁵⁴⁸ *Hassemer*, JuS 27 (1987), 257-266 (262 Fn. 57).

⁵⁴⁹ Vgl. unten S. 108.

⁵⁵⁰ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 92.

⁵⁵¹ *Hörnle*, Strafrecht, 2011, S. 26.

minanten beeinflusst und gesteuert werden, dass der Anteil der einzelnen Faktoren wie der Strafe nicht mehr isolierbar und damit nicht mehr messbar ist⁵⁵².“ Er kommt aber unter Verweis auf die Untersuchungen von *Baurmann* und *Schumann*⁵⁵³ zu dem Ergebnis, dass sich aus der empirischen Forschung derzeit ein „non liquet“ ergebe. Die vertrauensbildende und friedensstiftende Wirkung der Strafe sei bislang weder eindeutig bestätigt noch widerlegt worden⁵⁵⁴.

Bock hält die Forschungsmöglichkeiten für die positive Generalprävention „noch weiter reduziert“ als die für die negative Generalprävention sowie die Spezialprävention, weil die entscheidenden Mechanismen für die Stärkung des Rechtsbewusstseins den Betroffenen meist nicht bewusst seien, sodass eine Studie durch Befragung noch schwerer erscheine⁵⁵⁵. Forschung sei immerhin möglich, indem man psychoanalytische „Kunstgriffe wie die Traumdeutung, die Hypnose oder die Analyse körperlicher Symptome anwenden⁵⁵⁶.“

6.1.2. Schwierigkeiten der empirischen Forschung als Vorzug?

Für manche erscheint die mangelnde empirische Überprüfbarkeit der positiven Generalprävention geradezu als Vorzug. *P.-A. Albrecht* meint beispielsweise, generalpräventive Konzepte stehen im Vergleich zur Resozialisierung unter leichterem Legitimationsdruck, weil sich die Resozialisierung an ihrem Besserungsanspruch messen lassen müsse, während die Wirkungen der Generalprävention ungeachtet der schwieriger Nachweisbarkeit „größtenteils schon auf einer Plausibilitätsebene kriminalpolitisch akzeptiert werden.“⁵⁵⁷

Hassemer weist darauf hin, „die Theorie der positiven Generalprävention passt in unsere Zeit“. Denn diese Theorie formuliert ihre empirischen Thesen so, dass „sie einerseits vor falsifizierenden Angriffen ziemlich sicher, andererseits aber auch von dem Vorwurf gefreit ist, sich um die realen Wirkungen von Strafrecht und Strafe nicht zu kümmern⁵⁵⁸.“ „Da man im Strafrecht Experimente schlecht arrangieren kann, um Kausalverläufe zu isolieren, ist gegen die Behauptung, das Strafrecht stärke das Normvertrauen der Bürger, kein Kraut gewachsen: Wie soll man diese Behauptung kritisch prüfen, gar widerle-

⁵⁵² *Meier*, Sanktionen, 3. Aufl. (2009), S. 29; *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 30.

⁵⁵³ *Schumann*, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 17; *Baurmann*, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 1; *Baurmann*, GA 1994, 368.

⁵⁵⁴ Fn. 552.

⁵⁵⁵ *Bock*, Kriminologie, 4. Aufl. (2013), Rn. 881.

⁵⁵⁶ *Bock*, JuS 1994, 89 (98 und Fn. 60).

⁵⁵⁷ *Albrecht*, ZStW 97 (1985), 831 (834 f.).

⁵⁵⁸ *Hassemer*, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 29 (34).

gen?⁵⁵⁹“

In ähnlicher Weise argumentiert *Roxin*, dass es dem Einfluss der positiven Generalprävention förderlich sei, weil sie „durch die Praxis kaum zu widerlegen ist“. Denn man immer davon ausgehen könne, „ihre Wirksamkeit zeige sich daran, dass aller Kriminalität ungeachtet die Mehrheit der Bevölkerung sich rechtstreu verhalte“. Gerade in der Tatsache, dass die positive generalpräventive Wirkung als Verstärkung der Rechtstreue „empirische noch ungeklärt und auch schwer beweiskräftig festzustellen“ sei, sieht *Roxin* einen Vorteil dieser Theorie. „Gerade deswegen ist die Hypothese“, dass die staatliche Bestrafungspraxis eine wesentliche Rolle für die Verstärkung der Rechtstreue spiele, „kaum falsifizierbar⁵⁶⁰.“

Diese Lehren stimmen insofern, als sie die empirische Überprüfbarkeit der positiven Generalprävention bezweifeln, mit den Ansichten im letzten Abschnitt überein und werden tendenziell durch Verbesserung der Methodologie infrage gestellt⁵⁶¹. Die andere Deutung dieser Lehren, der Vorzug einer Theorie liege gerade in der empirischen Unüberprüfbarkeit oder Unfalsifizierbarkeit, begegnet jedoch verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt eine Kontrollierbarkeit der Kriminalpolitik und des Strafgesetzes, die auf der Verifizierbarkeit der behaupteten Wirkung beruhen soll⁵⁶².

6.1.3. Prävention durch gerechte Strafe

Wegen des Mangels an empirischen Beweisen wird der Theorie der positiven Generalprävention – ebenso wie der negativen Generalprävention – nicht selten vorgeworfen, keinen Maßstab für die Strafhöhen liefern zu können⁵⁶³. Als Antwort darauf wird oft eine „Generalprävention durch gerechte Strafe bzw. durch gerechte Vergeltung“ vertreten⁵⁶⁴.

Schon 1985 ging *Müller-Dietz* davon aus, die positive Generalprävention erscheine als die Wirkung, die man sich von der schuldangemessenen Strafandrohung und -zumessung erhoffe. Über- oder Unterschreitungen der Schuldangemessenheit könnten dagegen „desintegrierende Wirkungen auf das Rechtsbewußtsein haben⁵⁶⁵.“ *Jescheck/Weigend* ma-

⁵⁵⁹ Hassemer, a.a.O., S. 39 f.

⁵⁶⁰ *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 30.

⁵⁶¹ Vgl. *Kargl*, Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht, 1995, S. 24.

⁵⁶² Vgl. oben S. 79.

⁵⁶³ Vgl. *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 24; *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 32; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 91; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 75, 413.

⁵⁶⁴ Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 77; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 46, Rn. 28, 30; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. (2018), § 46, Rn. 28, 30.

⁵⁶⁵ *Müller-Dietz*, in: FS *Jescheck*, 1985, S. 813 (826 f.).

chen ähnlich geltend, es sei „nicht die strenge, sondern die im Verhältnis zum Unrechtsgehalt der Tat und zur Schuld des Täters möglichst gerechte Strafe, die im Rechtsbewußtsein der Allgemeinheit als ‚sittenbildende Kraft‘ wirken kann“⁵⁶⁶.

Für *Meier* bildet die positive Generalprävention, durch den Schuldausspruch und die Bestrafung „die Geltung der verletzten Norm zu verdeutlichen und zu bekräftigen“, den Ausgangspunkt für eine präventive Vereinigungstheorie der Strafzwecke. Im Mittelpunkt dieser Theorie müsse allerdings die schuldangemessene Strafe stehen, da nur sie den Stellenwert des verletzten Rechtsguts und den Grad der Verwerflichkeit einer Straftat verdeutlichen und damit die Grenze der präventiven Eingriffs ziehen könne⁵⁶⁷.

Auch *Schünemann*, der sich eigentlich von der Vereinigungstheorie distanziert, vertritt eine vergleichbare Auffassung. Danach soll eine tatproportionale Strafe an sich und damit die verletzte Norm bei der Allgemeinheit auf eine hohe Akzeptanz stoßen, weil die Allgemeinheit „an der Gleichmäßigkeit der Strafzumessung die Gerechtigkeit der Strafrechtspflege ablesen“ könne⁵⁶⁸.

6.1.4. Prävention durch Legitimität der Strafrechtspflege

Während die eben angeführten Autoren immer noch von der Strafzumessung eine positiv-generalpräventive Wirkung erwarten und nur *Schünemann* ergänzend mit der „Gerechtigkeit der Strafrechtspflege“ argumentiert, legen *Hassemer/Neumann* den Schwerpunkt auf die Legitimität der Strafrechtspflege.

Nach *Hassemer/Neumann* sei das Strafrecht dadurch gekennzeichnet und legitimiert, dass es Rechtsgüter unter Beachtung von rechtsstaatlichen Wertprinzipien schütze. Folglich habe die Theorie positiver Generalprävention nicht nur die Kriminalitätsvermeidung, „sondern auch die Gerechtigkeit der Kriminalitätsverarbeitung in Blick“⁵⁶⁹. „Zu den Normen, die als unverbrüchlich gesichert werden sollen“, gehören z. B. auch der Anspruch auf rechtliches Gehör und die effektive Verteidigung⁵⁷⁰. Unter diesem Gesichtspunkt sei die Wirkung der Strafe als Normstabilisierung „auch nur schwierig und nur langfristig zu beurteilen“⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 75, 69.

⁵⁶⁷ Meier, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 36 f.

⁵⁶⁸ Schünemann, in: Frisch/von Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 185 (194).

⁵⁶⁹ Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 293.

⁵⁷⁰ Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 290, 294; Hassemer, in: Hassemer/Lüderssen/Naucke (Hrsg.), Hauptprobleme, 1979, S. 29 (52 f.).

⁵⁷¹ Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 296.

Richtig verstanden beinhaltet der Begriff der „verdienten Strafe“ bei *Hassemer/Neumann* zwei Komponenten: materiell die Gerechtigkeit der Strafzumessung und prozedural die Verfahrensfairness. Die materielle Komponente besagt zwar nichts anderes als die „Prävention durch gerechte Strafe“. Ihre Lehre prognostiziert aber, dass die gerechte Strafe nur in Zusammenarbeit mit der Verfahrensfairness eine Wirkung für die Kriminalitätsvermeidung langfristig entfalten könne.

Auf die Richtigkeit dieser Prognose wird bald einzugehen sein⁵⁷². Hier ist darauf hinzuweisen, dass *Hassemer* mit dieser Prognose seine Ablehnung der empirischen Verifizierbarkeit positiver Generalprävention aufgibt⁵⁷³.

6.1.5. Positive Generalprävention als Sinn anstatt als Wirkung der Strafe

Schließlich gibt es die Ansicht, es sei irrelevant, ob die positive Generalprävention nachweisbar sei, da es sich bei dieser Theorie nicht um die Wirkung, sondern um den Sinn der Strafe gehe.

Jakobs begründete z. B. in seinem Lehrbuch die Aufgabe des Strafens zunächst mit den empirischen Wirkungen, dass der „Widerspruch gegen den Normbruch durch Strafe“ zum Zweck habe, Orientierungen im sozialen Leben zu bieten. Er unterschied zwischen drei Wirkungen der Strafe, die er auch als (positive) „Generalprävention durch Einübung in Normanerkennung“ bezeichnet:

- „Einübung in Normvertrauen“, indem alle durch Strafe wissen, was sie bei den sozialen Interaktionen erwarten könnten;
- „Einübung in Rechtstreue“, indem die Strafe die Kosten der Straftaten erhöhe und somit die Chance, dass Straftaten gelernt würden, vermindere;
- „Einübung in Akzeptation der Konsequenzen“, indem der Täter den „Konnex von Verhalten und Kostentragungspflicht“ lerne.

Die empirische Relevanz der positiven Generalprävention ließ aber in den späteren Ausführungen von *Jakobs* deutlich nach. Er begriff die Straftat zwar nach wie vor als fehlerhafte Kommunikation bzw. Widerspruch gegen „identitätsbestimmende Normen der Gesellschaft“, dem durch Strafe widersprochen werden müsse. Er legte den Schwerpunkt aber anders als im Lehrbuch auf die symbolische Funktion der Strafe. Die Strafe sei „nicht nur ein Mittel der Erhaltung gesellschaftlicher Identität, sondern ist bereits die Er-

⁵⁷² In Abschnitt 6.4.2 (S. 121) und Abschnitt 6.6 (S. 125).

⁵⁷³ Vgl. oben S. 106; darauf verweist auch *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989, S. 33.

haltung selbst.“ *Jakobs* machte sodann deutlich, die Bestätigung der Normgeltung sei „nicht empirisch faßbar“, da sie keine Folge des Strafverfahrens, sondern „seine Bedeutung⁵⁷⁴“ darstelle. Mit anderen Worten: Die Strafe bestätigt nach *Jakobs* die Normgeltung *von der Bedeutung her* bzw. *per Definition*. Diese Bedeutung ist eine rein normative Setzung und braucht keinen empirischen Beweis.

Gegen die Jahrtausendwende unterstreicht *Jakobs* mit seiner Weiterentwicklung des umstrittenen „Feindstrafrechts“ erneut die realen Wirkungen der Strafe. Nunmehr geht er davon aus, die Normgeltung lasse sich nicht völlig kontrafaktisch durchhalten. Das Vertrauen in die Normgeltung „verhilft eben nur dann zu einer Orientierung [...], wenn es vom Wissen, was sein wird, nicht allzu stark konterkariert wird“. Die Strafe diene eben dazu, eine hinreichende kognitive Untermauerung der Normgeltung anzubieten, damit das normgemäße Verhalten „wirklich erwartbar“ bleibe⁵⁷⁵.

Die Würdigung der Lehre *Jakobs*’ erfolgt in zwei Teilen. Gegen das symbolische Verständnis der Straftat und der Strafe als Kommunikation lässt sich zwar nichts einwenden. Der Begriff „Erhaltung oder Bestätigung der Normgeltung“ ist aber nur dem Anschein nach ein positiv-generalpräventiver Begriff, da er vielmehr der Lehre vom Unrechtsgehalt nähersteht. Dies zeigt sich am deutlichsten an den Lehren *Kelkers* und *Grünewalds*, die ausgehend von demselben symbolischen Verständnis der Straftat und der Strafe unrechtsbezogene Argumente für die Vorsatzabstufung entwickelten⁵⁷⁶. Ob diese Argumente überzeugen können, wurden bereits kritisch bewertet⁵⁷⁷. Fokussiert man hier auf *Jakobs*’ Thesen über die positiv-generalpräventiven Wirkungen der Strafe, ist es angebracht, sie und andere Lehren in einem gemeinsamen Kontext zu behandeln. Denn ob die Strafe zur „Einübung in Normanerkennung“ beitragen kann, ist eine empirische Frage, die bei der Debatte um die positive Generalprävention immer wieder auftaucht und empirisch nachgewiesen werden muss.

6.1.6. Zwischenergebnis

Die empirische Überprüfung setzt voraus, dass die nachzuprüfende Theorie ein klares Verhaltensmodell über den Mechanismus des normenkonformen und normabweichenden Handelns angibt. Dies gilt in der Strafrechtswissenschaft nicht nur für die Theorie der positiven Generalprävention, sondern für alle Lehren, die den Grund oder Auswirkung vom

⁵⁷⁴ *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 (844 f.).

⁵⁷⁵ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (91). Vgl. auch *Jakobs*, ZStW 117 (2006), 839 (841 f.); *Jakobs*, HRRS 2006 (291 f.); *Jakobs*, in: *Eser* (Hrsg.), deutsche, 2000, S. 47 (50).

⁵⁷⁶ S. 37–39.

⁵⁷⁷ S. 57.

Verbrechen besprechen. Denn „ohne ein solches Verhaltensmodell weiß man nicht, welche Hypothesen [...] zu testen sind, welchen Variablen in einer empirischen Untersuchung erhoben werden sollen und ob die relevanten kausalen Faktoren isoliert werden“⁵⁷⁸.

Für die vorliegende Arbeit muss man also zuerst aus den angeführten Lehren die Verhaltensmodelle ableiten, die den Zusammenhang zwischen den Vorsatzformen und der positiven Generalprävention zu erklären versuchen⁵⁷⁹. Dieser Mechanismus lässt sich gedanklich in vier Phasen gliedern:

In der *ersten Phase* geht es um die von *Frisch* bezeichneten sozialpsychologischen Gefahren⁵⁸⁰. Will man eine Vorsatzabstufung vornehmen, so müsste nachgewiesen werden, dass die eine oder andere Vorsatzform die eine oder andere sozialpsychologische Gefahr in besonderem Maße mit sich bringt. Die Lehre *Frischs* ist also daraufhin zu prüfen, ob die Absicht und das sichere Wissen – im Verhältnis zu *dolus eventualis* – „in besonderem Maße rechtzerschütternd wirkt“⁵⁸¹. Und die implizierten Aussagen, die aus der Lehre *Schünemanns* geschlossen werden, sind dahin gehend zu überprüfen, ob absichtliche Tatbegehung – im Vergleich zu den anderen Vorsatzformen – in besonderem Maße ansteckend wirkt, d. h. eher zur Nachahmung führt.

Die *zweite Phase* heißt: die sozialpsychologischen Gefahren könnten zu mehr Tatbegehungen führen. So könnte es bei der Gefahr der Rechtzerschütterung sein, wenn Andere die relevante Verhaltensnorm im Strafgesetz als weniger verbindlich empfinden und darum Straftaten gleicher Art wahrscheinlicher begehen würden. Die Ansteckungsgefahr würde sich verwirklichen, wenn Andere die Tatbegehungen nachahmen, aus welchen Gründen auch immer⁵⁸². Sollte es sich bei der Prüfung der zweiten Phase herausstellen, dass die Allgemeinheit trotz der Rechtzerschütterung oder des Lernens von abweichenden Verhaltensmaßstäben nicht eher zur Tatbegehung neigen würde, wäre die Vorsatzabstufung nach den positiv-generalpräventiven Erwägungen, und sogar die positive Generalprävention als solche, nicht mehr zu rechtfertigen, weil man dann keiner Zunahme der Kriminalität vorzubeugen hätte.

Betrachtet man die *erste und zweite Phasen als eine Einheit*, besagen sie nichts anderes, als dass begangene Delikte weitere Delikte hervorrufen würden. Die einzelnen Phasen beschreiben dann den psychologischen Mechanismus dieses Zusammenhangs.

⁵⁷⁸ Baurmann, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 1 (3).

⁵⁷⁹ Vgl. die Verhaltensmodelle bei Baurmann, a.a.O., S. 16, 9–11.

⁵⁸⁰ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 100 (im Text und Fn. 160), 48. Vgl. auch oben S. 64.

⁵⁸¹ *Frisch*, a.a.O., S. 499 f.

⁵⁸² *Frisch*, a.a.O., S. 48, 100–101.

Die *dritte Phase* ist dadurch charakterisiert, den in der ersten Phase entstandenen sozialpsychologischen Gefahren durch den Strafeinsatz entgegenzuwirken. Dabei ist zu prüfen, ob der Strafeinsatz die Rechtstreue stärkt oder zumindest erhält, ob eine härtere oder „gerechte“ Strafe dies effizienter erzielt oder ob jede Strafe dieselbe Wirkung hat.

Die These der *vierten Phase* besagt schließlich, dass die Stärkung oder Erhaltung der Rechtstreue künftige Delikte verhindern soll.

Betrachtet man die *dritte und vierte Phase als ein Ganzes*, handelt es sich darum, künftige Straftaten durch den Strafeinsatz zu verhindern. Dass dies die gleiche These wie bei der negativen Generalprävention ist, lässt sich am besten an der Studie *Schöch*s verdeutlichen. Schöch hat in einer Befragung festgestellt, dass bei der Mehrheit der untersuchten Delikte keine signifikante Korrelation zwischen der Selbsteinschätzung der Begehungswahrscheinlichkeit und dem Entdeckungsrisiko (oder der zu erwartenden Strafe) besteht. Diesen Befund interpretiert er dahin, dass auch von einer sehr geringen Strafwahrscheinlichkeit und -höhe „abschreckende und positive generalpräventive Effekte ausgehen“ sollen⁵⁸³ und dass „zur Erhaltung der Strafrechtsgeltung in der Normalbevölkerung Strafschärfungen fast durchgehend nicht erforderlich und auch nicht erfolgversprechend sind“⁵⁸⁴ – insofern entspricht die Studie *Schöch*s den typischen Studien zur Abschreckungstheorie –. Erst die einzelnen Phasen beschreiben den besonderen psychologischen Mechanismus der positiven Generalprävention. Ausgerechnet für diesen Mechanismus vertritt *Frisch* mit seiner Lehre von Vorsatzabstufung eine Konkretisierung: die erhöhte Strafe werde Straftaten effizienter verhindern, indem sie der Erschütterung von Rechtstreue und der Ansteckungsgefahr effizienter entgegenwirke⁵⁸⁵.

Die *zweite und vierte Phase* werden durch zahlreiche Studien unterstützt. Eine Senkung der Rechtstreue bzw. der normativen Einstellung, dass man eine Norm für richtig oder einen Normbruch für angemessen hält, führt zur höheren Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung. Die normative Einstellung gilt heute als einen der einflussreichsten Faktoren für die Straftaten – sie wird aber vor allem im Rahmen der Spezialprävention als Rückfallrisikofaktor erforscht; darauf gehen wir erst in Kapitel 4: ein. In einem noch breiteren Kontext wird die Einstellung als Prädiktor für Handlung und Zielerreichung im Alltag untersucht, was in Kapitel 6: zu erörtern ist. Im Folgenden diskutieren wir daher vornehmlich über den besonderen Mechanismus der positiven Generalprävention, also die *erste und dritte Phase*.

⁵⁸³ *Schöch*, in: FS Jescheck, 1985, S. 1081 (1102).

⁵⁸⁴ *Schöch*, a.a.O., S. 1104.

⁵⁸⁵ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 101–103, 49. Vgl. auch oben S. 65.

6.2. Ansteckungsgefahr von abweichenden oder deliktischen Verhaltensweisen

Wie im letzten Abschnitt dargestellt, handelt es sich hier um eine Gesamtbetrachtung der ersten und zweiten Phase der Theorie positiver Generalprävention, ohne nach dem psychischen Vorgang, der Veränderung der Rechtstreue bzw. der normativen Einstellung, zu fragen.

6.2.1. Psychologie

Eine wichtige Form des Lernens von Verhalten ist Nachahmung bzw. Lernen durch Beobachtung. Die klassischen Experimente von *Bandura* und seinen Kollegen in den 1960er-Jahren haben gezeigt, dass vorschulische Kinder signifikant mehr – verbale und körperliche – aggressive Handlungen ausführen, nachdem sie die aggressiven Verhaltensweisen eines Vorbilds (eines/einer Erwachsenen, vor Augen oder im Film; oder einer Zeichentrickfigur, nur im Film) gegenüber einer Plastikpuppe namens „Bobo“ beobachteten, im Vergleich zu den Kindern in den anderen Gruppen, die kein aggressives Verhalten gesehen haben. Die Kinder in den „Aggression-Gruppen“ verhalten sich aggressiv nicht nur gegenüber „Bobo“, sondern auch gegenüber anderen Gegenständen in dem Raum. Sie beschimpfen „Bobo“ nicht nur mit den Worten des Vorbilds, sondern auch „innovativ“ mit Worten, die das Vorbild nicht verwendet hat⁵⁸⁶.

Seit den Experimenten *Banduras* zeigen zahlreiche Studien, dass nicht nur Kinder, sondern alle durch Beobachtung Aggression lernen können. Diese Vorgänge werden unterschiedlich als das *Beobachtungslernen*, das *Modell-Lernen*, das *soziale Lernen* oder das *kognitive soziale Lernen* bezeichnet⁵⁸⁷. Ein wichtiges Forschungsthema stellt die Gewalt in den Medien dar, zu denen Fernsehen, Filme, Videospiele, Musik, Comicbücher usw. zählen. Eine Metaanalyse fasste 431 Studien zusammen und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Gewalt in Medien bei allen Altersgruppen in kleinem, aber statistisch signifikantem Maße zu aggressiven Gedanken und Verhalten führen. Dieser Effekt zeige sich kurzfristig größer auf Erwachsene, langfristig aber größer auf Kindern und Jugendliche⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ *Bandura/Ross/Ross*, Journal of Abnormal and Social Psychology 63 (1961), 575 (577–579); *Bandura/Ross/Ross*, Journal of Abnormal and Social Psychology 66 (1963), 3 (7); *Bandura*, Journal of Personality and Social Psychology 1 (1965), 589 (592).

⁵⁸⁷ Vgl. *Aronson/Wilson/Akert*, Social Psychology, 8. Aufl. (2013), S. 344 f.

⁵⁸⁸ *Bushman/Huesmann*, Archives of Pediatrics & Adolescent Medicine 160 (2006), 348 (350 f.); *Bushman/Huesmann/Whitaker*, in: *Nabi/Oliver* (Hrsg.), Handbook, 2009 (362 f.).

6.2.2. Kriminologie

In der Kriminologie hat die *soziale Lerntheorie* den Begriff des Beobachtungslernens von *Bandura* als eine ihrer vier Komponenten für das Lernen von Straftaten angenommen. Sie bezeichnet das Beobachtungslernen als „Imitation“ (Nachahmung). Danach könne eine Person abweichendes oder kriminelles Verhalten durch Nachahmung erlernen, nachdem sie das abweichende oder kriminelle Verhalten eines Anderen und die sich daraus ergebende Belohnung oder das Fehlen einer Bestrafung beobachtet hat⁵⁸⁹.

Trotz der Plausibilität wird der Einfluss der Nachahmung auf die Straftaten bislang jedoch nur begrenzt untersucht. *Pratt/Cullen/Sellers u. a.* fassen in einer Metaanalyse 133 Studien zur sozialen Lerntheorie zusammen. Nur 4 % (30/704) der Effektschätzungen in diesen Studien beziehen sich auf die Nachahmung von Straftaten. Daraus ergibt sich eine nur kleine durchschnittliche Effektstärke (*Fischer's z* = 0.103; entspricht *r* = 0.103). Nach den Autoren lasse sich der schwache Effekt dadurch erklären, dass die Nachahmung in der frühen Phase des Lernprozesses stattfindet. Bei der Zeit der Forschung habe dieser Prozess bereits zur kriminogenen Einstellung geführt und daher könne der restliche Einfluss der Nachahmung nur schwach gemessen werden. Ferner könne der Einfluss der Nachahmung durch andere zwei Komponenten des sozialen Lernens, „kriminogene Einstellung“ und „differenzielle Kontakte“ (wie etwa: das Verhalten von Familienmitgliedern oder Freunden, von dem der Befragte zwar weiß, das er aber nicht direkt beobachtete), vermittelt werden. Im Gegensatz zur Nachahmung haben sich „kriminogene Einstellung“ und „differenzielle Kontakte“ nach derselben Metaanalyse als die aussagekräftigsten Komponenten der sozialen Lerntheorie erwiesen. Die Autoren ziehen daraus den Schluss, dass man am Einfluss der Nachahmung auf Straftaten festhalten könne, obwohl dessen eigentliche Stärke weiter zu untersuchen sei⁵⁹⁰.

Während der eben angeführten kriminologischen Metaanalyse ausschließlich nicht-experimentelle Studien zugrunde liegen, nehmen einige neue Experimente ins Visier, ob der Betrug ansteckt. Sie setzen ein Würfelspiel ein, bei dem jeder Proband zweimal würfelt und Geld nach der gesamten Augenzahl gewinnt. Der Ablauf wird so gestaltet, dass sich jeder Proband sicher ist, er werde beim Würfeln nicht beobachtet, bleibe total anonym und sein Betrug solle auf keinen Fall entdeckt werden. Es lässt sich nur an der übermäßigen Proportion der gemeldeten hohen Punkte erkennen, dass ein hoher Anteil der Probanden betrogen hat, weil die Wahrscheinlichkeit für jeden Ausgang 1/6 ist.

⁵⁸⁹ Näher S. 257–258.

⁵⁹⁰ *Pratt/Cullen/Sellers u. a.*, *Justice Quarterly* 27 (2010), 765 (784, 788); *Akers/Jennings*, in: *Piquero* (Hrsg.), *Handbook*, 2016, S. 230 (234 f.).

Die Ergebnisse sind uneinheitlich. Das Experiment von *Diekmann/Przepiorka/Rauhut* zeigt, dass die Information über die von allen Probanden gemeldeten Punkten des ersten Würfelwurfs, die den Versuchsgruppen zwischen den zwei Würfeln gegeben wurde, ihren zweiten Würfelwurf signifikant beeinflusst. Nachdem die Probanden zur Kenntnis genommen haben, dass ein hoher Anteil der Probanden beim ersten Wurf betrog, neigen sie eher dazu, beim zweiten Würfeln mehr Punkte zu melden als es dem tatsächlichen Ausgang entspricht, um dadurch mehr Geld zu kassieren als ihnen zustünde⁵⁹¹. Dagegen geht aus den Experimenten von *Kroher/Wolbring* hervor, dass diese Information die Wahrscheinlichkeit des Betrugs beim zweiten Würfeln nur statistisch insignifikant erhöht⁵⁹². *Kroher/Wolbring* vermuten aber, dass sich der Effekt der Information deutlicher zeigen könnte, wenn das Würfelspiel mehr Runde beinhalte, da man im Alltag Information über die Prävalenz eines Delikts immer wieder erhalte⁵⁹³. Für die Bestätigung bzw. Widerlegung der Ansteckungsgefahr beim Betrug – aber auch bei anderen Straftaten – werden auf jeden Fall mehr Studien benötigt.

6.2.3. Normübergreifender Effekt

Der Effekt des Beobachtungslernens könnte auch über die verletzte Norm hinausgehen. Das ist die Kernaussage der *Theorie der zerbrochenen Fenster* (engl.: „broken windows theory“), die *Kelling/Wilson* entwickelten. Sie gehen davon aus, Kriminalität wachse schnell in der Gemeinde bzw. auf der Straße, wo der Eindruck erweckt werde, um die Ordnung werde sich nicht gekümmert. Als Beispiel haben *Kelling/Wilson* ein Experiment angeführt: Der Experimentator hat ein Auto auf der Straße „verlassen“. Die erste Woche blieb es intakt. Dann hat der Experimentator ein Autofenster zerbrochen. Binnen wenigen Stunden wurde das Auto total zerstört. Die meisten „Vandalen“ waren gut angezogen, normal aussehende Bürger⁵⁹⁴.

Neuerdings bestätigen *Keizer/Lindenberg/Steg* die Theorie der zerbrochenen Fenster durch Feldexperimente. Sie zeigen, dass Menschen viel wahrscheinlicher weitere Normen verletzen, wenn sie die Prävalenz einer Normverletzung wahrnehmen. Beispielsweise: Signifikant mehr Probanden warfen den Flyer, den der Experimentator an ihrem Fahrradlenker befestigt hatte, auf den Boden, wenn die Gasse, wo sich ihr Fahrrad und ein Zeichen vom Graffitiverbot befanden, voll Graffiti war, als wenn die gleiche Gasse frei von Graffiti war (Studie 1). Das Gleiche gilt, wenn sie den Knall des Feuerwerks an einem Ort

⁵⁹¹ *Diekmann/Przepiorka/Rauhut*, *Rationality and Society* 27 (2015), 309 (315, 319, 323–324).

⁵⁹² *Kroher/Wolbring*, *Social Science Research* 53 (2015), 311 (316, 319).

⁵⁹³ *Kroher/Wolbring*, a.a.O., S. 321.

⁵⁹⁴ *Kelling/Wilson*, *The Atlantic* 1982.

hörten, wo Feuerwerk verboten war, als wenn sie den nicht hörten (Studie 4). Auch zum Diebstahl kann durch den gleichen Mechanismus angeregt werden. Mehr Passanten haben einen fremden Brief, aus dessen Fenster ein 5-Euro-Schein deutlich zu sehen war, gestohlen, wenn der Briefkasten voll Graffiti war (Studie 5) oder wenn viel Müll auf dem Boden um den Briefkasten war (Studie 6). Die Autoren haben daraus eine Schlussfolgerung gezogen, die der These positiver Generalprävention ähnlich sieht: Die normative Einstellung des Beobachters schwäche sich ab, wenn durch Beobachtung der Umgebung bei ihm der Eindruck erweckt werde, man kümmere sich hier nicht besonders um die Einhaltung der Normen⁵⁹⁵.

Diese Befunde lassen eine der von *Frisch* angenommenen sozialpsychologischen Gefahren, d. h. die Ansteckungsgefahr, als plausibel erscheinen. In diesen Studien wurde leider nicht zwischen den unterschiedlichen Vorsatzformen differenziert. Um eine Schlussfolgerung auf die Vorsatzabstufung zu ermöglichen, wird mehr Studien benötigt.

6.3. Ziellansteckung

Nur in Bezug auf eine Vorsatzform – Absicht im Sinne der Zielsetzung – ergeben sich einige Aufschlüsse über ihre erhöhte „Ansteckungsgefahr“. Der Beweis kommt aus der Sozialpsychologie (Stichwort „goal contagion“).

Aarts/Gollwitzer/Hassin zeigen in einer Serie von Experimenten, dass sich signifikant mehr Probanden das Ziel eines anderen Menschen, das sie aus seiner Handlung folgern, zu eigen machen und auf eigene Weise verfolgen, wenn das Ziel für sie als einigermaßen erwünscht erscheint und sie die beobachtete Zielverfolgung im konkreten Fall für angebracht halten. Sehen die Probanden dagegen die konkrete Zielverfolgung durch den anderen als unangebracht an, neigen sie dazu, das Ziel nicht zu verfolgen, und halten sie das Ziel für weniger erwünscht als zuvor⁵⁹⁶. Diese Befunde werden durch die Experimente von *Dik/Aarts* bestätigt. Es stellt sich zudem heraus, dass die Probanden umso intensiver das gleiche Ziel verfolgen, je mehr Mühe sie bei der Zielerstrebung des anderen empfinden⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ *Keizer/Lindenberg/Steg*, Science 322 (2008), 1681 (1683–1685); *Lindenberg*, Analyse & Kritik: Journal of Philosophy and Social Theory 30 (2008), 675–687 (678).

⁵⁹⁶ *Aarts/Gollwitzer/Hassin*, Journal of Personality and Social Psychology 87 (2004), 23 (34 f.); *Aarts/Dijksterhuis/Dik*, in: *Shah/Gardner* (Hrsg.), Handbook, 2008, S. 265 (276).

⁵⁹⁷ *Dik/Aarts*, Journal of Experimental Social Psychology 43 (2007), 727 (735 f.); *Aarts/Dijksterhuis/Dik*, in: *Shah/Gardner* (Hrsg.), Handbook, 2008, S. 265 (270 f.).

Ähnliche Befunde von *Aarts/Gollwitzer/Hassin* und von *Dik/Aarts* wurden im vergangenen Jahrzehnt immer häufiger erbracht⁵⁹⁸.

Während diese Studien eine These der Theorie positiver Generalprävention, absichtliche Straftaten wirke in besonderem Maße ansteckend⁵⁹⁹, plausibel machen, ist von einer Bestätigung der These noch entfernt, da diese Studien keine Straftaten zum Gegenstand haben. Die untersuchten Handlungen sind etwa Hilfeleistung bei einer Fehlfahrt, Geldverdienen durch legale Mittel und Suche nach einem One-Night-Stand⁶⁰⁰. Es bleibt also offen, ob eine Zielansteckung auch bei Straftaten stattfindet. Teilweise gegen die Zielansteckung bei Straftaten könnte freilich ein erwähnter Befund sprechen, dass die Probanden ein fremdes Ziel nur dann übernehmen, wenn es für sie als etwas erwünscht erscheint. Dies würde darauf hindeuten, dass vor allem die rechts-*untreuen* Bürger von der Ansteckungsgefahr betroffen werden könnten. Ferner liegt keine vergleichbare Studie zu den anderen Vorsatzformen vor. Ein derartiger Vergleich, ob absichtliche Taten größere Ansteckungsgefahr mit sich bringen als bedingt vorsätzliche Taten, lässt sich daher zurzeit nicht anstellen.

6.4. Die Stärkung der Rechtstreue durch Bestrafung

Die Theorie der positiven Generalprävention geht davon aus, Bestrafung stärke oder erhalte die Rechtstreue der Allgemeinheit (die „sittenbildende Kraft“ der Strafe⁶⁰¹). Erweitert wird diese These durch *Frisch's* Lehre der Vorsatzabstufung, dass erhöhter Strafeinsatz die Rechtstreue effizienter stärke bzw. wiederherstelle, die durch Vorsatztaten in besonderem Maße erschüttert worden sei⁶⁰². Für diese Thesen gibt es eine Handvoll Studien.

6.4.1. Effekt der Strafhärte

Walker/Marsh zeigten den Probanden fiktionale, aber realitätsnahe Zeitungsberichte über verschiedene Straftaten (Körperverletzung, Sachbeschädigung und Computerbetrug) vorgelegt wurden. Die verhängten Strafen, die sie in den Berichten lasen, wurden experimentell variiert (eine kurze Freiheitsstrafe auf oder ohne Bewährung). Anschließend

⁵⁹⁸ *Laurin*, *Social and Personality Psychology Compass* 10 (2016), 668 (668).

⁵⁹⁹ Vgl. oben bei Fn. 173.

⁶⁰⁰ Vgl. die angeführten Studien und *Aarts/Dijksterhuis/Dik*, in: *Shah/Gardner* (Hrsg.), *Handbook*, 2008, S. 265 (273).

⁶⁰¹ Vgl. *Schumann*, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, S. 17 (17, 23); *Schumann*, *Positive Generalprävention*, 1989, S. 1, 4, 7.

⁶⁰² Vgl. oben S. 65.

beantworteten die Probanden, wie sehr sie die jeweilige Tat missbilligen. Es stellt sich heraus, dass in allen Fällen die Straforten die Missbilligung nicht beeinflussen konnten. Da die Strafaussetzung zur Bewährung für milder als der Vollzug der Freiheitsstrafe gehalten wird, deuten diese Befunde darauf hin, dass die Strafhärte die normative Einstellung der Bevölkerung nicht beeinflussen könnte⁶⁰³.

Ein neueres Experiment von *Depoorter/Venneste* mit dem vergleichbaren Design zeigt aber eine Differenzierung vom Effekt der Strafhärte: Die Probanden mit der Erfahrung, illegale Musik über Peer-to-Peer-Filesharing zu bekommen („File-Swapper“), die wegen der experimentellen Manipulation von einer härteren Strafe für diese Aktivität ausgingen (2.000 Euro pro Herunterladen), halten die Aktivität für weniger verwerflich, als die File-Swapper, die von einer milderen Strafe ausgingen (20 Euro pro Herunterladen). Im Gegensatz dazu halten die Probanden ohne diese Erfahrung diese Aktivität für verwerflicher, wenn sie in der Gruppe härteren Strafe sind als in der Gruppe milderer Strafe⁶⁰⁴.

Die Befunde aus der Studie von *Depoorter/Venneste* sprechen für eine Deutung der positiven Generalprävention, dass die Schwächung der Rechtstreue durch Straftaten Dritter und ihre Stärkung durch Strafen lediglich bei den prinzipiell rechtstreuen Bürgern zu beobachten sei⁶⁰⁵ oder sich diese Theorie in erster Linie an die rechtstreue Bevölkerung wende⁶⁰⁶, während sich die Theorie bei der üblichen Deutung auf die – egal ob rechtstreue oder -untreue – Allgemeinheit richtet. Dies legt nahe, dass der gesamte Effekt der Strafzumessung von der Prävalenz eines bestimmten Delikts abhängig wäre. Wenn die Mehrheit der Bevölkerung es nicht begangen hat, wäre von der harten Strafe insgesamt eine Stärkung der Rechtstreue zu erwarten. Sollte dagegen die Mehrheit der Bevölkerung die relevante deliktische Erfahrung gehabt haben, wie es beim illegalen Herunterladen oder unberechtigten Medien-Streaming wohl der Fall wäre, so ist vor einem „Bumerang-Effekt“ oder „Backlash“ der harten Strafe zu warnen: Die Rechtstreue der Mehrheit der Bevölkerung könnte in diesem Fall durch harte Strafe abgeschwächt werden.

⁶⁰³ Walker/Marsh, The British Journal of Criminology 24 (1984), 27 (40).

⁶⁰⁴ Depoorter/Venneste, Oregon Law Review 84 (2005), 1127 (1145, 1152, 1177). Die harte Strafe wird auf S. 1145 und 1177 unterschiedlich dargestellt. Wir nehmen die Zahl (2.000 Euro) auf S. 1177 an, weil es dort um eine Wiedergabe des Fragebogens geht.

⁶⁰⁵ Dubber, ZStW 117 (2005), 485 (490); Baurmann, in: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 1 (11).

⁶⁰⁶ Vgl. Dubber, ZStW 117 (2005), 485 (490).

6.4.2. Sanktionshärte iVm der Verfahrensfairness oder dem Vertrauen in die Instanz

Einige Studien im nicht-kriminellen Kontext deuten auf die Bedingung für den Effekt der Sanktionshärte auf die Normtreue hin.

Im Experiment von *Mulder/Verboon/Cremer* waren alle Probanden Studenten an einem methodologischen Kurs. Ihnen wurden entweder mitgeteilt, dass der Prüfungsbetrug einen verbalen Tadel zur Folge haben soll (die „milde“ Gruppe), oder darauf hingewiesen, dass die erste Täuschung zum Ausschluss aus der Prüfung und die zweite Täuschung zum Ausschluss aus dem Kurs führen soll (die „harte“ Gruppe). Erhoben wurden die empfundene Sanktionshärte, ihr Vertrauen in die Kompetenz der Universität und schließlich ihre moralische Bewertung für den Prüfungsbetrug. Das Experiment zeigt, dass eine härtere Sanktion für den Prüfungsbetrug den moralischen Vorwurf der Studenten gegen ihn *nur dann* erhöhte, wenn die Probanden *hohes Vertrauen* in die Universität hatten⁶⁰⁷.

Ein ähnlicher Befund ergab sich aus dem Experiment von *Verboon/van Dijke* zum Thema Plagiat. Die Probanden lasen einen fiktiven Bericht in der Uni-Zeitung. Demzufolge hat die Universität eine neue Software beschaffen, die den Abschreiber effizient fangen kann. Zwei Dimensionen, d. h. die Sanktionshärte und die Verfahrensfairness, wurden manipuliert:

- *Milde Sanktion*: Der Student hat die Arbeit neu zu verfassen.
- *Harte Sanktion*: Der Student wird unverzüglich exmatrikuliert.
- *Faires Verfahren*: Die neuen Maßnahmen gelten für alle Studenten.
- *Unfares Verfahren*: Die neuen Maßnahmen gelten nur für die Psychologiestudenten.

Erhoben wurden die empfundene Sanktionshärte, die empfundene Verfahrensfairness, die moralische Bewertung für die Universität bezüglich des Umgangs mit dem Plagiat und schließlich die Bereitschaft zum Abschreiben⁶⁰⁸. Daraus geht hervor, dass die Sanktionshärte *nur dann* einen positiven Einfluss auf die moralische Bewertung für die sanktionierende Instanz (hier: die Universität) und damit auf die Bereitschaft zur Normbefolgung ausübt, wenn das *Verfahren als fair empfunden* wird. Beim unfairen Verfahren wirkt die harte Sanktion kontraproduktiv: mehr Studenten in der Gruppe der harten Sanktion waren

⁶⁰⁷ „Study 2“ in *Mulder/Verboon/Cremer*, *European Journal of Social Psychology* 39 (2009), 255 (259 f.). Vgl. auch *Mulder*, *European Journal of Law and Economics* 2016, 1 (6).

⁶⁰⁸ *Verboon/van Dijke*, *Journal of Economic Psychology* 32 (2011), 120 (123–125).

bereit zum Abschreiben als in der Gruppe der milden Sanktion⁶⁰⁹.

6.4.3. Effekt der (Ent-)Kriminalisierung

Im Übrigen hat *Schumann* die bis 1990er-Jahre verfügbare Studien zusammengefasst⁶¹⁰ und auch selbst Studien durchgeführt⁶¹¹. In der Mehrheit dieser – also außer den oben angeführten – Studien handelt es sich freilich um den Effekt der (Ent-)Kriminalisierung. Dabei wurde häufig entgegen der Erwartung einen „Bumerang-Effekt“ festgestellt, dass die moralische Verurteilung der Bürger für die jeweilige Handlung sinkt mit ihrer Kriminalisierung und erhöht sich mit ihrer Entkriminalisierung⁶¹². Diese Befunde dürften zwar relevant für die Gesetzgebung, aber kaum für unser Thema geeignet sein, da es dabei nicht um den Effekt der Strafzumessung auf die Rechtstreue der Bürger geht. Sie verdeutlichen nichtsdestoweniger, dass zumindest ein Teil der Theorie positiver Generalprävention empirisch überprüfbar ist.

6.5. Prävention durch gerechte Strafe

Viele Vertreter der positiven Generalprävention glauben, dass gerechte Strafen die Rechtstreue stärken und damit Kriminalität vorbeugen können⁶¹³. Empirische Untersuchungen zu diesem Thema setzen aber eine Definition der „Gerechtigkeit“ der Strafe voraus, über die es durchaus verschiedene Meinungen gibt. Die Anzahl von Studien bleibt bis heute gering und nur für eine Art von gerechten Strafen vorhanden: der *von der Bevölkerung als gerecht empfundenen* Strafe. Es stellt sich heraus, dass die Rechtstreue durch eine als ungerecht empfundene Strafe abgeschwächt werden könnte.

In der Studie von *Walker/Marsh* wurde zwar insgesamt keine Verstärkung der Rechtstreue durch harte Strafe festgestellt. Bei einem Fall der Körperverletzung („Booby-trapped Greenhouse“) trat aber teilweise der „Bumerang-Effekt“ wieder hervor: Die Pflanzen und Werkzeuge in einem Gewächshaus wurden so oft gestohlen, dass der Inhaber eine Falle aufstellte, die zwei Tage später einen jugendlichen Einbrecher leicht am Kopf verletzte. Der Junge räumte ein, dass er schon mehrfach von diesem Treibhaus gestohlen

⁶⁰⁹ „Study 2“ in *Verboon/van Dijke*, a.a.O., S. 125–127.

⁶¹⁰ *Schumann*, in: *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, S. 17 (22–27); *Schumann*, *Positive Generalprävention*, 1989, S. 26–34.

⁶¹¹ *Schumann*, *Positive Generalprävention*, 1989, S. 35–52.

⁶¹² Eine Stärkung der normativen Einstellung durch Kriminalisierung wurde bei einer Studie festgestellt: *Walker/Marsh*, *The British Journal of Criminology* 24 (1984), 27 (41).

⁶¹³ Vgl. oben S. 109.

hat⁶¹⁴. Die Probanden verurteilten den Inhaber für die Körperverletzung zwar gleich scharf, egal ob ihnen eine harte oder milde Strafzumessung (Vollzug einer Freiheitsstrafe vs. Strafaussetzung zur Bewährung) mitgeteilt wurde. Allerdings hielten die Probanden, die von dieser Handlung keine Freiheitsstrafe erwarteten (das macht ca. 5 % der Probanden aus), sie für weniger tadelnswert, wenn der Inhaber doch die Freiheitsstrafe verbüßen musste⁶¹⁵.

Robinson/Darley stellten 1995 die These auf, dass ein von der Bevölkerung als ungerecht empfundenen Strafgesetz an moralischer Glaubwürdigkeit verliere und damit weniger eingehalten werde⁶¹⁶. Zwei Jahre später haben sie die These konkretisiert, dass eine von der Bevölkerung als gerecht empfundene Strafe zur Normbefolgung beitrage⁶¹⁷. Neuerdings bringt *Robinson* den Gedanken noch deutlicher zum Ausdruck: Eine gerechte Strafe verhindere Straftaten effizienter als ungerechte⁶¹⁸.

Die ersten Studien von *Robinson/Darley* hatten diese These nur theoretisch, nicht aber empirisch behandelt. Für die Begründung führten sie lediglich indirekte Beweise an, etwa dass die Normbefolgung mit der durch die Bevölkerung wahrgenommenen Moralität der Norm im positiven Zusammenhang stehe⁶¹⁹. Inzwischen sind allerdings vereinzelte Studien vorhanden, die diese These direkt überprüfen.

Um die These „Prävention durch gerechte Gesetze bzw. Strafe“ zu überprüfen⁶²⁰, hat *Nadler* drei Experimente durchgeführt. In „Study 1“ lasen die Probanden fiktive Medienberichte über Praxis des Zivilrechts und geplante Gesetzesveränderungen, deren Inhalt entweder als gerecht oder als evident ungerecht wahrgenommen wurde⁶²¹. Anschließend wurde die Bereitschaft der Probanden zu mehreren illegalen Handlungen und Straftaten erhoben. Daraus ging hervor, dass die ungerechte Gesetzgebung und Gerichtspraxis die Bereitschaft zur Normbefolgung negativ beeinflussten⁶²².

Im zweiten und dritten Experiment von *Nadler* wurden den Probanden fiktive Medienberichte über eine Straftat vorgelegt, deren Strafe sich entweder als gerecht oder als evident ungerecht (zu mild) zeigte. Die Zielvariable in „Study 2a“ und „Study 2b“ war

⁶¹⁴ *Walker/Marsh*, a.a.O., S. 42.

⁶¹⁵ *Walker/Marsh*, a.a.O., S. 40; vgl. dazu oben S. 120.

⁶¹⁶ *Robinson/Darley*, *Justice, Liability, and Blame*, 1995, S. 6.

⁶¹⁷ *Robinson/Darley*, *Northwestern University Law Review* 91 (1997), 453 (456).

⁶¹⁸ *Robinson*, *Distributive Principles of Criminal Law*, 2008, S. 212.

⁶¹⁹ *Robinson/Darley*, *Justice, Liability, and Blame*, 1995, S. 7; *Robinson*, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013, S. 184 f.

⁶²⁰ *Nadler*, *Texas Law Review* 83 (2005), 1399-1441 (1402).

⁶²¹ Ob die dargestellten Fälle als gerecht oder ungerecht empfunden werden, geht aus den Pilotstudien; vgl. dazu *Nadler*, a.a.O., S. Fn. 62, 78.

⁶²² *Nadler*, a.a.O., S. 1415.

das Verhalten der Probanden als Mock-Juror. Da der Fall für Mock-Trial als evident schuldig konzipiert war, galt die Entscheidung des einzelnen Jurors für Unschuld als gesetzwidrig. Es stellte sich heraus, dass die ungerechte Strafe zwar in der Studie 2a (Studenten als Probanden) keinen, aber doch in der Studie 2b (gemeinschaftliche Stichprobe) einen negativen Einfluss auf die wirkliche Normbefolgung bei der Juror-Entscheidung hatte. Die „ungerechte“ Gruppe im dritten Experiment hat deutlich häufiger für Unschuld gesprochen als die „gerechte“ Gruppe⁶²³.

Studien mit dem ähnlichen Design konnten aber nicht zum einheitlichen Ergebnis kommen. *Robinson* selbst hat neuerdings Studien durchgeführt und hält die These „Prävention durch gerechte Strafe“ für bestätigt. Die Probanden lasen reale Fälle und ihre Strafzumessung. Sodann bewerteten sie, ob das zuständige Gericht im Allgemeinen gerechte Strafe beimaß. Schließlich beantworteten die Probanden ihre Bereitschaft zu zwei Handlungen, die einen Grenzfall des Betrugs darstellen. Daraus ergibt sich, dass die Probanden, die ungerechte Strafe lasen, weniger bereit waren, sich ans Strafrecht zu halten, als diejenigen, die relativ gerechte Strafen sahen⁶²⁴.

Im Gegensatz dazu sehen *Slobogin/Brinkley-Rubinstein* die These „Prävention durch gerechte Strafe“ als durch ihre Studien widerlegt. Sie zeigten den Probanden fiktive Straftaten (z. B. Bagatelldiebstahl, Einbruchdiebstahl, Körperverletzung, Raub, fahrlässige Tötung, Mord, Vergewaltigung von Kindern usw.), bei denen der Täter eine zu harte, zu milde oder angemessene Strafe bekommen haben soll⁶²⁵. Anschließend beantworteten die Probanden die Wahrscheinlichkeit, dass sie eine Reihe von Straftaten begehen würden. *Slobogin/Brinkley-Rubinstein* haben das Experiment dreimal mit unterschiedlichen Stichproben durchgeführt. In zwei Experimenten („Study 4A“ und „Study 4B“) wiesen sich alle Gruppen freilich keinen Unterschied auf⁶²⁶. Nur in einem Experiment („Study 5“) lag die Bereitschaft zu Straftaten höher, nachdem die Probanden eine zu harte oder zu milde Strafe gelesen hatten. Der Effekt verschwand aber schon nach 7 bis 10 Tagen⁶²⁷.

Robinson/Barton/Lister halten den kurzfristigen Effekt für natürlich. Der Einfluss einer als ungerecht empfundenen Strafe, die man im Rahmen des Experiments mitbekam, lasse deswegen schnell nach, weil man im Alltag ständig neue Auskunft über die Strafzu-

⁶²³ *Nadler*, a.a.O., S. 1419–1420, 1424.

⁶²⁴ *Robinson*, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013, S. 182.

⁶²⁵ Die „angemessene“ Strafe wurde aus der Befragung der „Study 2“ entnommen; vgl. dazu *Slobogin/Brinkley-Rubinstein*, *Stanford Law Review* 65 (2013), 77 (104).

⁶²⁶ *Slobogin/Brinkley-Rubinstein*, a.a.O., S. 105–107.

⁶²⁷ *Slobogin/Brinkley-Rubinstein*, a.a.O., S. 109. Zur anderen Deutung dieser Befunde vgl. *Robinson/Barton/Lister*, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 17 (2014), 312 (341–343).

messung in verschiedenen Fällen erhalte⁶²⁸.

6.6. Prävention durch Verfahrensfairness

Die in Abschnitt 6.4.2 dargestellten Befunde entsprechen einem seit den 1990er-Jahren heißen Thema der Kriminologie. Studien aus den USA, dem Großbritannien und den Niederlanden zeigen einstimmig, dass die Verfahrensfairness der Polizei und des Gerichts einen viel wichtigeren fördernden Faktor für die Normeinhaltung darstellt als die Leistung dieser Institutionen (etwa ob der Fall sachgemäß und unverzüglich behandelt wird), die Verteilungsgerechtigkeit (etwa ob allen sozialen Gruppen beim ähnlichen Fall das ähnliche Ergebnis zukommt) und die Variablen der Abschreckungstheorie (etwa Entdeckungsrisiko oder Strafwahrscheinlichkeit)⁶²⁹. Zur Verfahrensfairness gehören vor allem drei Elemente. Die Bevölkerung glaube, (1) die Ansichten und Bedürfnisse des Beteiligten würden Berücksichtigung finden, (2) die Entscheidungsträger seien unparteiisch und (3) die Beamten seien höflich und zeigten Respekt⁶³⁰.

Tyler, der die ersten Studien diesbezüglich durchführte, schließt aus dem Einfluss der Verfahrensfairness, dass auch die unerwünschte Strafzumessung kurzfristig keine beachtliche Konsequenz für die Normeinhaltung habe, soweit der Glaube an die Verfahrensfairness die Normtreue erhalte⁶³¹. Dies sei nach *Tyler* für die multikulturelle Gesellschaft von besonderer Bedeutung, da dort ein Konsens über die gerechte Strafe oder die Moralität der Strafgesetzgebung nur schwer zu erzielen sein wird⁶³². Der langfristige Einfluss der gerechten und ungerechten Strafe ist freilich noch nie erforscht worden⁶³³.

6.7. Folgerungen für die Vorsatzabstufung

Ehe man aus dem empirischen Wissen die Konsequenzen für die Vorsatzabstufung nach den positiv-generalpräventiven Erwägungen zieht, ist auf zwei methodologische

⁶²⁸ *Robinson/Barton/Lister*, a.a.O., S. 343 f.

⁶²⁹ *Tyler*, *Behavioral Sciences & the Law* 19 (2001), 215 (218, 226, 229); *Tyler*, *Why People Obey the Law*, 2006, S. 137–138, 146; *Tyler*, *Annual Review of Psychology* 57 (2006), 375 (393 f.); *Jackson/Bradford/Hough u. a.*, *British Journal of Criminology* 52 (2012), 1051 (1058–1059, 1062–1063); *Roberts/Plesničar*, in: *Meško/Tankebe* (Hrsg.), *Trust and Legitimacy*, 2015, S. 33 (41).

⁶³⁰ *Tyler*, *Behavioral Sciences & the Law* 19 (2001), 215 (231–232, Table 13); *Tyler*, *Why People Obey the Law*, 2006, S. 163–164, 146; *Tyler*, in: *Oswald/Bieneck/Hupfeld-Heinemann* (Hrsg.), *Psychology of Punishment*, 2009, S. 19 (33 f.).

⁶³¹ *Tyler*, *Behavioral Sciences & the Law* 19 (2001), 215 (233); *Tyler*, *Why People Obey the Law*, 2006, S. 150, 111.

⁶³² *Tyler*, *Why People Obey the Law*, 2006, S. 66.

⁶³³ *Roberts/Plesničar*, in: *Meško/Tankebe* (Hrsg.), *Trust and Legitimacy*, 2015, S. 33 (37).

Vorkenntnisse hinzuweisen, die bei der negativen Generalprävention bereits besprochen wurden⁶³⁴. Zum einen soll der positiv-generalpräventive Effekt der Strafzumessung, wenn überhaupt, in einem probabilistischen Sinn verstanden werden. Zum anderen ist ein in allen Einzelfällen feststellbarer Effekt nicht erforderlich, um die positive Generalprävention als legitimen Zweck der Strafen oder Strafzumessung zu begründen.

Die in Abschnitt 6 zitierten Studien sind als solche der Nachweis dafür, dass entgegen etliche Meinungen (→ Abschnitt 6.1.1 und 6.1.2) zumindest ein Teil der Thesen über die positive Generalprävention empirisch überprüfbar sind. Die entscheidenden psychologischen Substrate der positiven Generalprävention – d. h., die Rechtstreue, das Vertrauen in die Gültigkeit sowie Durchsetzungsfähigkeit der Normen und die Rechtserschütterung – sind im Wesentlichen persönliche Einstellungen. Viele Einstellungen, etwa die Einstellung gegenüber einer Religion, dem Abnehmen oder der Schwangerschaftsverhütung⁶³⁵, entwickeln sich und entfalten ihre Auswirkung auf das Verhalten in hochkomplexen, bewussten oder auch unbewussten, Vorgängen⁶³⁶. Es ist daher nicht ersichtlich, dass sich die positive Generalprävention schon deshalb weitgehend der empirischen Überprüfung entziehe, weil sie „durch so viele Determinanten beeinflusst und gesteuert⁶³⁷“ werde oder „weil die entscheidenden Mechanismen [...] meist nicht bewusst sind⁶³⁸.“ Die Methoden, mit denen die Psychologie und weitere Wissenschaften nach den Einstellungen forschen, können auch für die positive Generalprävention Anwendung finden, wie die angeführten Studien in Abschnitt 6.2 bis 6.6 gezeigt wurden.

Im Hinblick auf die *erste Phase*⁶³⁹ des Mechanismus der positiven Generalprävention, Straftaten erschüttere die Rechtstreue, steht zwar noch kein Aufschluss zur Verfügung, da der Veränderung in der Rechtstreue bzw. in der normativen Einstellung durch die Beobachtung von Straftaten noch in keiner Studie nachgegangen ist. Für solche Studien bestehen allerdings keine methodologischen Schwierigkeiten.

Die Studien zur Ansteckungsgefahr der deliktischen Verhaltensweisen (→ Abschnitt 6.2.2) und zur „broken windows theory“ (→ Abschnitt 6.2.3) sprechen jedoch ansatzweise für den gesamten Mechanismus der *ersten und zweiten Phasen als eine Einheit*: Straftaten könnten die anderen zu weiteren Straftaten anregen, obgleich nicht festgestellt wird, über welchen konkreten Mechanismus, z. B. die Veränderung in der „Rechtstreue“, „nor-

⁶³⁴ S. 103.

⁶³⁵ S. 253.

⁶³⁶ S. 247.

⁶³⁷ Bei Fn. 552.

⁶³⁸ Bei Fn. 555.

⁶³⁹ Zu den vier Phasen: S. 112.

mativen Einstellung“ oder anderen psychologischen Konstrukten, dies vermittelt wird.

Für die Vorsatzabstufung von besonderer Bedeutung sind die Studien zur „Zielansteckung“, die aber bislang nur im nicht-kriminellen Kontext erforscht wurden (→ Abschnitt 6.3). Selbst wenn man die Ergebnisse dieser Studien auf die Straftaten übertragen lässt, fehlt es an vergleichbaren Studien, bei denen die untersuchten subjektiven Merkmale des Handelnden unter sicheres Wissen oder *dolus eventualis* subsumiert werden können. Es bleibt also offen, ob absichtliche Taten in größerem Maße infizierend wirken als Taten mit anderen Vorsatzformen.

In Abschnitt 6.4 handelt es sich um die *dritte Phase* vom Mechanismus positiver Generalprävention, also um die Frage, ob eine harte Strafe die Rechtstreue effizienter verstärkt als eine milde Strafe. Die Studien deuten darauf, dass diese Frage nur dann bejaht werden könnte, wenn man in der strafenden Instanz vertraut oder das Verfahren als fair empfindet⁶⁴⁰ oder der Adressat die Straftat gleicher Art nie im Leben begangen hat⁶⁴¹.

Die Studien zum Thema „Prävention durch gerechte Strafe“ (→ Abschnitt 6.5) betreffen die *dritte und vierte Phasen* des positiv-generalpräventiven Mechanismus *als eine Einheit*, weil sie trotz der Durchführbarkeit den Einfluss der gerechten Strafe auf die Rechtstreue bzw. die normative Einstellung nicht untersuchten. Es liegt nahe, dass die im Einzelfall als ungerecht empfundene Strafe der Normeinhaltung möglicherweise nur kurzfristig schadet. Da aber die Möglichkeit, dass die Anhäufung von ungerechten Strafen zu langfristigen oder erheblichen Einbußen der Normeinhaltung führen könne, noch nicht ausgeschlossen bzw. nicht erforscht worden ist, ist eine Ablehnung der These „positive Generalprävention durch gerechte Strafe“ noch verfrüht.

Die Befunde zur „Prävention durch Verfahrensfairness“ (→ Abschnitt 6.6) lassen die Ansicht von *Hassemer/Neumann*, die gerechte Strafe könne nur in Verbindung mit der Gewährleistung von Rechten des Verfahrensbeteiligten ihre positiv-generalpräventive Wirkung entfalten⁶⁴², plausibel erscheinen.

Aus den Befunden in Abschnitt 6.4 bis 6.6 lässt sich der Schluss ziehen, dass die Feinabstimmung der Strafe innerhalb des gerechten Strafrahmens keinen beachtlichen Einfluss auf die Rechtstreue und Normeinhaltung üben könnte, soweit die Verfahrensfairness gewährleistet wird. Um eine Vorsatzabstufung nach der positiv-generalpräventiven Erwägung zu ermöglichen, sollte man somit zuerst untersuchen, ob und inwiefern die Be-

⁶⁴⁰ Vgl. S. 121 bei Fn. 607, 608.

⁶⁴¹ Vgl. S. 120 bei Fn. 604.

⁶⁴² Vgl. S. 110.

völkerung – *ceteris paribus* – unterschiedliche „gerechte Strafe“ für unterschiedliche Vorsatzformen bei unterschiedlichen Tatbeständen vertritt. Die in Abschnitt 6.5 zitierten, aber auch andere, Studien zeigen nicht nur, dass es Konsens unter den Bürgern über die gerechte Strafe für viele klassischen Tatbestände (z. B. Diebstahl, Raub, Brandstiftung, Vergewaltigung, Körperverletzung mit oder ohne Todesfolge, Totschlag und Mord) bestehen kann⁶⁴³, sondern auch, dass die Bevölkerung wenigstens bei einigen Delikten die Vorsatzformen unterschiedlich bewertet⁶⁴⁴. Studien zur Vorsatzabstufung anhand der für die jeweilige Vorsatzform als gerecht empfundenen Strafe sind also durchführbar.

Am Ausgeführten lässt sich leicht erkennen, dass die zweite Hälfte des Mechanismus der positiv-generalpräventiven Strafzumessung (die Wirkung der Strafe) deutlich mehr erforscht wird als die erste Hälfte (die Wirkung der vorsätzlichen Straftaten). Sollte es sich herausstellen, dass alle Vorsatzformen in gleichem Maße rechtzerschütternd oder infizierend wirken, so müsste die Strafzumessung nach den positiv-generalpräventiven Erwägungen weiter an Sinn verlieren⁶⁴⁵.

Schließlich sei zu beachten, dass es für jede These der Strafzumessung nach den positiv-generalpräventiven Erwägungen zurzeit nur eine Handvoll empirischer Studien zur Verfügung stehen, obwohl im Vergleich zu den 1970er-Jahren schon substanzielle Fortschritte erzielt wurden. Alle Ergebnisse in diesem Abschnitt sind daher vorläufig. Es bedarf der Intensivierung der Forschung, um daraus zuverlässige Folgerungen für die positive Generalprävention und schließlich für die Vorsatzabstufung nach den positiv-generalpräventiven Erwägungen zu ziehen.

⁶⁴³ Samuel/Moulds, *Journal of Criminal Law & Criminology* 77 (1986), 931 (947); Robinson/Darley, *Justice, Liability, and Blame*, 1995, passim.

⁶⁴⁴ Vgl. unten S. 215–218.

⁶⁴⁵ Vgl. unten S. 283. Zu weiteren expressiven Straftheorien, vgl. Hörnle, *Straftheorien*, 2011, S. 29–41.

Kapitel 4: Vorsatzabstufung nach dem spezialpräventiven Bedarf

Bei der Spezialprävention erwartet man im Gegensatz zur Generalprävention von den strafrechtlichen Sanktionen eine kriminalitätspräventive Auswirkung auf den Straftäter, nachdem er eine Strafe erlebt hat. Es gibt drei Kategorien der spezialpräventiven Wirkung: Ein Täter begeht künftig weniger Straftaten, weil seine kriminogenen Neigungen, Einstellungen, oder Lebensverhältnisse durch die Strafe verbessert werden („Besserung“ bzw. „Resozialisierung“). Der Täter kann sich aus Furcht vor Strafe oder infolge einer Kosten-Nutzen-Analyse von künftigen Straftaten abschrecken lassen („spezielle Abschreckung“ bzw. „Individualabschreckung“). Möglicherweise wird er nur aufgrund eines Freiheitsentzugs von weiteren Tatbegehungen – jedenfalls außerhalb der Vollzugsanstalt – abgehalten („Sicherung“ bzw. „Unschädlichmachung“)⁶⁴⁶.

In diesem Kapitel wird auf eine Lehre der Vorsatzabstufung nach den spezialpräventiven Erwägungen einzugehen sein. Nach der Darstellung dieser Lehre (→ Abschnitt 1) und ihrer Rezeption in der Literatur (→ Abschnitt 2) sind ihre normative Zulässigkeit (→ Abschnitt 3) und empirische Unterstützung (→ Abschnitt 4) zu überprüfen. Sodann werden in einem Dialog zwischen Norm und Empirie Folgerungen aus den bisherigen Abschnitten für die Lehre der Vorsatzabstufung nach den spezialpräventiven Erwägungen gezogen (→ Abschnitt 5).

1. Literaturmeinungen

Eine Lehre von der Vorsatzabstufung bei der Strafzumessung nach spezialpräventiven Erwägungen wird – oder genauer: wurde – lediglich von *Frisch* vertreten, obwohl die Spezialprävention als Strafzweck seit dem Ende des 19. Jahrhundert eine große Auswir-

⁶⁴⁶ *Meier*, Sanktionen, 3. Aufl. (2009), S. 24; *Dubber/Hörnle*, Criminal, 2014, S. 47, 50, 11.

kung auf die Strafrechtswissenschaft hat⁶⁴⁷.

Die Spezialprävention geht davon aus, dass *das Rückfallrisiko und die Resozialisierungsbedürfnisse* verschiedener Täter unterschiedlich ausfallen können. In Bezugnahme auf die Spezialprävention hat *Frisch* die erhöhte Bestrafung der Vorsatztaten im Verhältnis zu den Fahrlässigkeitstaten damit begründet, dass der Vorsatztäter den erkannten Konflikt zwischen den eigenen Entfaltungsinteressen und den Gütererhaltungsinteressen des anderen „nach anderen Maßstäben entscheidet als die Rechtsordnung“; dies signalisiere „eine typischerweise erhöhte Gütergefährlichkeit“⁶⁴⁸. Damit der Rechtsgüterschutz „am ehesten und in besonderem Maße erfolgversprechend“ verlaufe, bedürfe „[d]er vorsätzlich Agierende [...] wiederum in besonderem Maße der Strafe“⁶⁴⁹.

Auch die Vorsatzformen stuft *Frisch* nach spezialpräventiven Erwägungen ab. „Besonders evident“ sei bei Absicht und sicherem Wissen die Entscheidung des Täters gegen das Rechtsgut, die „zusätzliche [...] spezialpräventive Bedürfnisse indiziere“⁶⁵⁰. Das absichtliche Handeln „verrät nicht nur typischerweise eine wesentlich *stärkere Abweichung von den Wertprinzipien* der Gemeinschaft“ als das bedingt vorsätzliche Handeln. Dabei „verfällt auch eine Hoffnung [...], daß der Geschehensablauf noch zugunsten des Opfers korrigiert werden würde, wenn die eigenen Ziele des Täters nicht mehr gefährdet sind.“ Ebenso könne sich der wissentlichen Täter „im Grunde nicht einmal ein Stück berechtigter Hoffnung auf den verletzungsfreien Ausgang bewahrt haben.“ Dies „signalisiert auch eine in besonderem Maße die Wertentscheidungen der Rechtsordnung negierende Einstellung, deutet also auf einen besonders negativen spezialpräventiven Befund hin“⁶⁵¹.

Wenige andere Autoren sprechen von einer erhöhten Gefährlichkeit eines absichtlichen oder wissentlichen Täters. Keiner davon hat dafür eine spezialpräventive Begründung vorgebracht. Nach *Schünemann* komme dem „Gesinnungsmoment“ des Vorsatzes zwar die Funktion zu, „eine für die Rechtsgüter besonders gefährliche Gesinnung zu brandmarken und durch die schärfere Bestrafung symbolisch zu tabuisieren.“ Er betont aber sogleich, dass die Gefährlichkeit der Gesinnung nicht im Sinne der Spezialpräventi-

⁶⁴⁷ Vgl. *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 3–24, 811–813; *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 25–27; *Gropp*, AT, 4. Aufl. (2015), S. 46, 49; *BVerfG*, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, BVerfGE, 326–409 (2–6); *Wetzell*, *Inventing the Criminal*, 2000, S. 79–82; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 443; *Albrecht*, ZStW 97 (1985), 831 (831); *Schmidt*, ZStW 67 (1955), 177–195 (179); *Liszt*, Lehrbuch, 10. Aufl. (1900), S. 70; *Liszt*, Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, 1898, S. 22 f; *Liszt*, ZStW 3 (1883), 1 (36–42).

⁶⁴⁸ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 98–100.

⁶⁴⁹ *Frisch*, a.a.O., S. 49 f.

⁶⁵⁰ *Frisch*, a.a.O., S. 498 f.

⁶⁵¹ *Frisch*, a.a.O., S. 499 f.; zu einer andere Deutung diese Ansicht vgl. unten S. 239.

on, sondern der Generalprävention zu verstehen sei⁶⁵².

Hörnle spricht von „einem größeren Gefährdungs- und dadurch auch Bedrohlichkeitspotenzial“ des absichtlichen und wissentlichen Täters im Verhältnis zum bedingt vorsätzlichen Täter. Ihre Begründung ähnelt der *Frischs*. So führt sie aus: Das Opfer habe damit zu rechnen, dass der absichtliche Täter „nötigenfalls auch mehrfach dazu ansetzen wird, sein Ziel zu erreichen, während bei einem nur bedingt vorsätzlich Handelnden die Chance besteht, einem ersten Angriff entkommen zu können.“ Die Bedrohlichkeit der wissentlichen Tat sei nicht geringer als die der absichtlichen, weil sicheres Wissen um den Taterfolg bedeute, dass „objektiv ein wesentlich größerer Gefahrengrad besteht.“ *Hörnle* bewertet aber, anders als *Frisch*, das „größere Gefährdungspotenzial“ unter dem Gesichtspunkt des Handlungsunrechts und lehnt bei der Strafzumessung sowie der Vorsatzabstufung explizit jegliche „an Straftatenprävention orientierte Erwägungen“ ab⁶⁵³.

2. Rezeption

Frischs Lehre, Vorsatzformen nach den spezialpräventiven Erwägungen abzustufen und die Strafe entsprechend zuzumessen, wird bei der nachfolgenden Diskussion weitgehend vernachlässigt. Meist wird sie nicht besprochen. Wenn doch, wird sie weder kritisiert noch befürwortet, und zwar auch bei den Autoren, die aus anderen Gründen für eine Vorsatzabstufung sprechen.

Hörnle hat eine Vorsatzabstufung nach den spezialpräventiven Erwägungen zurückgewiesen. Ihre Kritik richtet sich aber gegen die Aussage der Rechtsprechung, dass die relative Schwere von direktem und bedingtem Tötungsvorsatz erst mit Berücksichtigung der Beweggründen beurteilen könne⁶⁵⁴. Nach *Hörnle* stehe hinter dieser Aussage ein Schluss auf die Wiederholungsgefahr des Täters, etwa dass die Tat eines bedingt vorsätzlichen Täters Ausdruck seiner Gleichgültigkeit bzw. Feindseligkeit gegenüber dem Rechtsgut sei. Ein solcher Täter „kann im Hinblick auf zukünftige Rechtsgutsverletzungen genauso gefährlich oder sogar noch gefährlicher sein wie ein mit direktem Vorsatz handelnder Täter⁶⁵⁵.“ Dabei hat sie auf *Frischs* Lehre keinen Bezug genommen.

⁶⁵² *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (372); vgl. bei Fn. 309.

⁶⁵³ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 263, 83–84, 87, 92, 127, 133, 215–219; *Hörnle*, in: *Frisch/von Hirsch/Albrecht* (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 99 (115); zu einer andere Deutung dieser Ansicht vgl. unten S. 239.

⁶⁵⁴ *BGH*, Beschl. v. 29.8.1984 – 3 StR 353/84 (S. 2); vgl. bei Fn. 16 und 42.

⁶⁵⁵ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 261; *Hörnle*, in: *Frisch/von Hirsch/Albrecht* (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 99 (115).

Schünemann lobte, dass *Frisch* einer der wenigen Autoren sei, die einen Vorsatzbegriff aus dem Zweck der Vorsatzbestrafung ableiten⁶⁵⁶. In den Textabsätzen, in denen *Schünemann* eine spezialpräventive Deutung für die Gesinnungskomponente des Vorsatzes ablehnte, war keine Rede von der Lehre der spezialpräventiven Vorsatzabstufung *Frischs*⁶⁵⁷.

Der 2. Strafsenat des BGH hat kürzlich die spezialpräventive Vorsatzabstufung *Frischs* wie folgt artikuliert: „Darüber hinaus könne sein [des Täters] zielstrebig auf die Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges gerichtetes Verhalten auf seine besondere Gefährlichkeit hindeuten⁶⁵⁸.“ Eine Auseinandersetzung mit dieser Lehre findet dennoch nicht statt. Bei der Anmerkung zu diesem Beschluss hat *Tomiak* die spezialpräventiven Argumente *Frischs* für die Vorsatzabstufung auch nicht erwähnt, obwohl er *Frischs* weitere Ausführungen über die Strafzumessung mehrfach zitiert hat⁶⁵⁹.

Allein *Stam* hat sich gegen die spezialpräventive Vorsatzabstufung *Frischs* ausgesprochen. *Stam* hält das Argument, dass bei dem absichtlichen oder wissentlichen Täter eine größere Wiederholungsgefahr bestehe, für „wenig überzeugend“, da die Wiederholungsgefahr „sich nicht aus der Vorsatzform, sondern dem Motiv des Täters“ ergebe⁶⁶⁰. Um eigene Meinung zu unterstützen, führte *Stam* jedoch keine empirische Studie zur Rückfallprognose an.

Schließlich ist zu beachten, dass selbst *Frisch* seine eigene Lehre wohl nicht mehr vertritt. Kurz nach der Veröffentlichung der Lehre von der Vorsatzabstufung begründete er diese nicht mehr mit den präventiven Überlegungen und warnte bei anderen Strafzumessungsumständen (z. B. Vorleben, Vortaten und Nachtatverhalten) vor einer Überschätzung der Prognoserelevanz. Er forderte für die spezialpräventive Strafzumessung abgesicherte Erfahrungssätze, dass bestimmtes Verhalten oder bestimmte Therapie Relevanz für den Rückfall haben⁶⁶¹. Um den Jahrtausendwechsel herum, als *Frisch* die Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH kritisierte, begründete er die Vorsatzabstufung ebenfalls ohne den Rekurs auf präventive Konzepte⁶⁶². Darüber hinaus hielt er die Präventionen, die sich primär auf eine empirische Größe beziehen sollen, für „doch schwerlich geeignet, den Einsatz einer gerade am Maß der Schuld orientierten Strafe zu

⁶⁵⁶ *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (371) Fn. 28.

⁶⁵⁷ *Schünemann*, a.a.O., S. 372.

⁶⁵⁸ BGH, Beschl. v. 1.6.2016 – 2 StR 150/15 (Rn. 12).

⁶⁵⁹ *Tomiak*, HRRS 2017, 225 bei Fn. 9, 32, 37, 44, 49–52, 54, 61.

⁶⁶⁰ *Stam*, JZ 73 (2018), 601 (606).

⁶⁶¹ *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (779, 772, 775).

⁶⁶² *Frisch*, in: FG BGH, 2000, S. 269 (290).

fordern⁶⁶³.“ Im letzten Jahrzehnt hob *Frisch* erneut den Vorrang der Schuldstrafe hervor und verwies darauf, Spezialprävention möge nur „in gewissen Fällen hinzukommen; sie kann aber nicht den Kern der staatlichen Strafe bilden⁶⁶⁴.“ Zuletzt erklärte er nur eine individualisierende Strafzumessung für zulässig, die sich an den Unterschieden der Unwertigkeit zu orientieren habe, „nicht aber z. B. unter dem Aspekt der spezialpräventiven Bedürfnisse zu betreiben“ sei. „Die spezialpräventive Theorie scheidet in jedem System von Strafdrohungen, die nach der Bedeutung der verletzten Normen und der Unwertigkeit der Taten gestaffelt sind, schon aus Konsistenzerwägungen als zentraler Strafzweck aus⁶⁶⁵.“

3. Normative Zulässigkeit

3.1. Soziologische Kritik

Viele Strafrechtler und Kriminologen haben großes Interesse an Sozialpolitik oder -reformen. Schon in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hat *Adolphe Quetelet* als Vorreiter der statistischen Kriminologie darauf hingewiesen, dass die eigentliche Ursache der Kriminalität die Gesellschaft an sich sei⁶⁶⁶. Selbst die renommierten Befürworter der Spezialprävention wie *Liszt* und *Lombroso*⁶⁶⁷ haben ihre Erörterung über die Kriminalität schließlich mit der Sozialpolitik verbunden. So betonte *Liszt* die „sich aufdrängende Erkenntnis, daß die gesellschaftlichen Faktoren ungleich größere Bedeutung für sich in Anspruch nehmen dürfen als der individuelle Faktor⁶⁶⁸.“ Er kam zu dem Ergebnis, dass „eine auf Hebung der gesamten Lage der arbeitenden Klassen ruhig aber sicher abzielende Sozialpolitik zugleich auch die beste und wirksamste Kriminalpolitik darstellt⁶⁶⁹.“ Trotz des sich verstärkenden Einflusses der spezialpräventiven Gedanken dominierten im 20. Jahrhundert im Bereich der Kriminologie die soziologischen Theorien, was sich an der Gliederung von – auch heutigen – Lehrbüchern zeigt. Die eng mit der Spezialprävention zusammenhängenden Theorien, d. h., die psychologischen und biologischen Theorien über die Ursachen der Kriminalität, werden oft in nur einem⁶⁷⁰ oder zwei Kapiteln (bzw. Abschnitten) zusammengefasst und ihre Entwicklung seit dem letzten Drittel des 20. Jahr-

⁶⁶³ *Frisch*, a.a.O., S. 277.

⁶⁶⁴ *Frisch*, in: *Frisch* (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 3 (15).

⁶⁶⁵ *Frisch*, GA 2019, 185 (186).

⁶⁶⁶ Zitiert nach *Beirne*, *Inventing Criminology*, 1993, S. 88.

⁶⁶⁷ S. 297–297.

⁶⁶⁸ *Liszt*, *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung*, 1898, S. 9.

⁶⁶⁹ *Liszt*, a.a.O., S. 22.

⁶⁷⁰ Etwa *Sutherland/Cressey/Luckenbill*, *Principles of Criminology*, 11. Aufl. (1992).

hunderts, insbesondere die der Rückfallprognose und der Straftäterbehandlung (→ Abschnitt 4.1 und 4.3), wird oft vernachlässigt. Im Gegensatz dazu erhalten für die jeweiligen Autoren wichtige soziologische Theorie ein eigenes Kapitel (bzw. eigener Abschnitt)⁶⁷¹.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Spezialprävention bis heute soziologischen Vorwürfen begegnet. Das Resozialisierungskonzept deute die Kriminalität „als rein individuelles Problem“⁶⁷² oder es führe an, dass die „spezialpräventiv intendierte, intramurale ‚Behandlung‘ ein ideologisches Konstrukt ist, das den Blick auf jene Ursachen, die zu stationärem Strafvollzug führen, oft verstellt“⁶⁷³. Diese Vorwürfe haben zwar insofern Recht, als ein Teil der Ursachen für die Kriminalität *auch* außerhalb des Täters liegen könne und man *auch* sie erforschen sowie damit umgehen müsse. Sie dürfen indes nicht dazu verleiten, dass individuelle Umstände⁶⁷⁴, wie etwa kriminogene Einstellungen, aggressive Dispositionen oder enge Kontakte mit anderen Straftätern, nicht zur Tatbegehung beitragen könnten oder dass diese trotz des kriminogenen Einflusses keiner Behandlung oder erst dann einer Behandlung bedürfen würden, nachdem eine erwünschten Sozialreform gelungen sei.

Gegen die spezialpräventive Forschung hat *P.-A. Albrecht* eine soziologische Kritik vorgebracht. Es handele sich dabei um die Suche nach dem „eigentlichen Kriminellen“, der „in Bezug auf genetische Ausstattung der Menschen“ von dem „normalen Gelegenheitskriminellen“ unterschieden werde. Diese Unterscheidung orientiere sich „am gesellschaftlichen Normalitätsverständnis, am ‚Normalbürger‘.“ „Es ist heute aber fraglich, ob in einer multikulturellen Gesellschaft derartige Standards noch aufrechterhalten werden können“⁶⁷⁵.

Die Kritik von *P.-A. Albrecht* verfehlt allerdings den Kern sowohl der modernen Rückfallprognose als auch den der längst verachteten Kriminalanthropologie, obgleich die Kriminalanthropologie und vor allem *Lombrosos* Begriff vom „angeborenen Verbrecher“⁶⁷⁶ für den Eindruck „Suche nach dem eigentlichen Kriminellen“ verantwortlich sind. Richtigerweise hat jeder eine sich verändernde Neigung zu Straftaten, die je nach

⁶⁷¹ Etwa *Newburn*, *Criminology*, 2017; *Neubacher*, *Kriminologie*, 3. Aufl. (2017); *Kunz/Singelnstein*, *Kriminologie*, 7. Aufl. (2016); *Bock*, *Kriminologie*, 4. Aufl. (2013); *Eisenberg*, *Kriminologie*, 6. Aufl. (2005); *Kaiser*, *Kriminologie*, 3. Aufl. (1996).

⁶⁷² *Kunz*, *Kriminologie*, 1994, S. 292; *Kunz*, *Kriminologie*, 6. Aufl. (2011), § 26 Rn. 22.

⁶⁷³ *Albrecht*, *ZStW* 97 (1985), 831 (838). Eine ähnliche Kritik spezifisch an der Rückfallprognose vgl. S. 170.

⁶⁷⁴ Zu den Risikofaktoren für Straftaten vgl. S. 161.

⁶⁷⁵ *Albrecht*, *Kriminologie*, 4. Aufl. (2010), S. 54.

⁶⁷⁶ Vgl. die Erklärung von *Lombroso* auf S. 86.

der aktuellen Ausprägung und Kombination der Risikofaktoren unterschiedlich ausgeprägt sein kann⁶⁷⁷. Nach der modernen Biologie kann genetische Anlage zwar eine gewisse, aber keineswegs entscheidende Rolle für das Verhalten eines Wesens spielen. Die Umgebung, in der ein Mensch gewachsen ist, lebt und erlebt, beeinflusst sein Verhalten in einem viel größeren Maß als die Gene⁶⁷⁸.

3.2. Zwangsweise Besserung durch den Staat?

3.2.1. Lehrmeinungen

Auch rechtswissenschaftlichen Einwänden begegnet die Spezialprävention. Eine alte, aber keineswegs veraltete Kritik an der Spezialprävention greift ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen an. Bereits Anfang des 19. Jahrhunderts hat *Feuerbach* die Ablehnung einer Besserung des Bürgers durch Strafe damit begründet, sie sei „Zweck der Züchtigung, aber nicht der Strafe.“ Kategorisch wies er jegliche Spezialprävention zurück, „denn diese ist gar nicht Strafe und es zeigt sich kein Rechtsgrund zu einem solchen Zu-vorkommen⁶⁷⁹.“ Der Zweck der Strafe könne nach *Feuerbach* nur aus dem Zweck des Staats als „Erhaltung der wechselseitigen Freiheit *Aller*⁶⁸⁰“ abgeleitet werden. Demnach sei der Zweck der Strafe die „Abschreckung *Aller*⁶⁸¹“, nicht die Prävention der künftigen Straftaten des *einzelnen* Täters⁶⁸².

Die Ansicht *Feuerbachs* fand auch nach über einem Jahrhundert noch Anklang. So habe der Staat nach *Roxin* die Aufgabe, die äußere Ordnung zu wahren. „Den einzelnen moralisch zu bevormunden, hat er keinerlei Legitimation⁶⁸³.“ *Gropp* weist darauf hin, dass ein modernes Strafrecht kein Recht hat, „von dem Täter einen Gesinnungswandel zu verlangen⁶⁸⁴.“ In einer anderen Formulierung warnt *Kunz*: „Das wohlmeinende Therapie-bemühen [...] erleichtert den Zugriff auf seinen Intimbereich⁶⁸⁵.“ Deutlich tritt hier eine liberalrechtsstaatliche Tradition mit einer klaren Unterscheidung zwischen dem Intimbereich und der äußeren Ordnung in den Vordergrund, die von *Feuerbach* als „das Zusam-

⁶⁷⁷ Näher Abschnitt 4.1.

⁶⁷⁸ *Bonta/Andrews*, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 85.

⁶⁷⁹ *Feuerbach*, Lehrbuch, 1. Aufl. (1801), § 22; *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), § 18.

⁶⁸⁰ *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), §§ 8, 15.

⁶⁸¹ *Feuerbach*, a.a.O., § 16.

⁶⁸² *Feuerbach*, a.a.O., § 18.

⁶⁸³ *Roxin*, JuS 6 (1966), 377 (382); *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 17.

⁶⁸⁴ *Gropp*, AT, 4. Aufl. (2015), S. 48.

⁶⁸⁵ *Kunz*, Kriminologie, 1994, S. 292; *Kunz*, Kriminologie, 6. Aufl. (2011), § 26 Rn. 22.

menbestehen der Menschen nach dem Gesetze des Rechts⁶⁸⁶“ und von *Roxin* als „ein ungefährdetes Zusammenleben aller Bürger⁶⁸⁷“ bezeichnet wird.

Ein eng mit dem Vorwurf des fehlenden staatlichen Züchtigungsrechts zusammenhängender Einwand gegen die Spezialprävention, insbesondere gegen die Straftäterbehandlung, ist die Befürchtung vor staatlicher Zwangsbesserung der Persönlichkeit und Einstellungen⁶⁸⁸ oder sogar „Gehirnwäsche⁶⁸⁹“. Es bestehe damit eine Gefahr für die Individualfreiheit, Rechtsstaatlichkeit und Menschenwürde⁶⁹⁰. Beispielsweise macht *Roxin* klar, dass aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Personenautonomie ein Eingriff in die Persönlichkeit durch Zwang auch dann verboten sei, wenn der Eingriff resozialisierend wirke⁶⁹¹. *P.-A. Albrecht* fasst prägnant zusammen: „Die Menschenwürde verbietet Zwangsanpassungen jenseits der Autonomie des Individuums und verbietet Verletzungen infolge des Rechtszwangs⁶⁹².“ *Pawlik* argumentiert, dass nur die Anderen ein Interesse an der spezialpräventiven Einwirkung auf den Täter haben. Ohne die Akzeptanz des Täters laufe diese Einwirkung darauf hinaus, „dem Täter die kommunikative Gleichheit mit seinen Rechtsgenossen abzusprechen⁶⁹³.“ Er werde nicht als „gleichberechtigtes Mitglied der Rechtsgemeinschaft behandelt⁶⁹⁴“, sondern „zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung gemacht⁶⁹⁵.“ Infolge der angeführten Bedenken lehnen die Kritiker die Spezialprävention als zentrales Prinzip⁶⁹⁶ oder als Prinzip überhaupt⁶⁹⁷ bei der Strafzumessung oder gar bei der Strafbegründung⁶⁹⁸ ab.

⁶⁸⁶ *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), § 8.

⁶⁸⁷ *Roxin*, JuS 6 (1966), 377 (381); ähnliche Formulierung bei *Gropp*, AT, 4. Aufl. (2015), S. 47.

⁶⁸⁸ *Roxin*, JuS 6 (1966), 377 (386); *Kunz*, Kriminologie, 1994, S. 292; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 87 f; *Hörnle*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), Handbuch, 2019 (11); *Horn*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 28; *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 277.

⁶⁸⁹ M.w.N. bei *Palmer*, Re-emergence of Correctional Intervention, 1992, S. 42.

⁶⁹⁰ So fasst *Kaiser* die Einwände der weiteren Autoren zusammen, s. *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. (1996), S. 271.

⁶⁹¹ *Roxin*, JuS 6 (1966), 377 (386).

⁶⁹² *Albrecht*, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 58.

⁶⁹³ *Pawlik*, in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz, 2010, S. 59 (70 f.); *Pawlik*, in: FS Rudolphi, 2004, S. 213 (222).

⁶⁹⁴ *Pawlik*, in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz, 2010, S. 59 (65, 91); *Pawlik*, in: FS Rudolphi, 2004, S. 213 (217).

⁶⁹⁵ *Pawlik*, in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz, 2010, S. 59 (66); *BVerfG*, Beschl. v. 17.1.1979, BVerfGE, 205 (215); mehr zur „Objektformel“ des BVerfG vgl. S. 73.

⁶⁹⁶ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 88 f; *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 58; *Horn*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 29; *Albrecht*, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 58 f; *Kunz*, Kriminologie, 1994, S. 294; *Kunz*, in: *Frisch* (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 135 (143); *Kunz/Singelnstein*, Kriminologie, 7. Aufl. (2016), S. 304.

⁶⁹⁷ *Pawlik*, in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz, 2010, S. 59 (72).

⁶⁹⁸ *Pawlik*, in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz, 2010, S. 59 (91); *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 58; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 88.

Die Mehrheit der Kritiker wollen aber schließlich um der Menschenwürde willen der Spezialprävention eine vorrangige Stellung in der *Strafvollstreckung* gewähren. Nach *Roxin* müsse sich der Strafvollzug ausschließlich auf Resozialisierung ausrichten, da erst die Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft der Persönlichkeitsentfaltung im Sinne des Art. 2 GG gerecht werden könne⁶⁹⁹. Ein Teil der Kritiker plädiert für weitere Bemühungen der Strafrechtspflege, weniger schädlichen oder erfolgversprechendere Behandlungsweisen zu erforschen⁷⁰⁰ oder „Menschen bessere soziale Voraussetzungen für ein Leben nach Straftat zu ermöglichen“⁷⁰¹. Einige erblicken aber aufgrund der „enttäuschenden Erkenntnisse über die Effizienz behandlungsorientierter Strafprogramme“ oder der „Austauschbarkeit der Sanktionen“⁷⁰² die Bedeutung der Spezialprävention vornehmlich in der „möglichst Vermeidung von Entsozialisierung durch Strafvollzug“⁷⁰³.

Wie sind die Kritiker zu den scheinbar widersprüchlichen Ergebnissen gelangt, dass die Spezialprävention einerseits die Menschenwürde verletze, aber andererseits sie fördere? Die Lösung finden sie in der freiwilligen Mitarbeit des Straftäters⁷⁰⁴. So betont *Roxin*, dass die Resozialisierung nur ein Angebot an den Delinquenten sei⁷⁰⁵. Nach *Kunz* müssen die Resozialisierungsleistungen „auf strikter Freiwilligkeit“ beruhen, da sie „nur Angebote der Hilfe zur Selbsthilfe“ darstellen⁷⁰⁶. *Pawlik* ist einer der wenigen Befürworter der Mitwirkungspflicht vom Täter an seiner Resozialisierung. Auch er gibt dem Gesetzgeber recht, wenn der Gesetzgeber keine Disziplinarmaßnahmen für die Verletzung jener Mitwirkungspflicht im Strafvollzug regelt, da eine erfolgreiche Resozialisierung ohne die freiwillige Mitwirkung nicht gehe⁷⁰⁷.

3.2.2. Gesetzgebung

Dass der Straftäter nicht zur Resozialisierung gezwungen werden soll, sieht auch der Gesetzgeber. Das Strafvollzugsgesetz legt zwar als erstes Vollzugsziel die Resozialisierung fest (§ 2 S. 1 StVollzG) und *beschreibt* die Stellung des Gefangenen wie folgt (§ 4

⁶⁹⁹ *Roxin*, JuS 6 (1966), 377 (386).

⁷⁰⁰ *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 278.

⁷⁰¹ *Albrecht*, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 57.

⁷⁰² Dazu näher Fn. 937.

⁷⁰³ *Horn*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 36, 35, 29; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 86–89, 120; *Albrecht*, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 57, 59; näher unten S. 283.

⁷⁰⁴ *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 278, 280; *Pawlik*, in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz, 2010, S. 59 (92); *Albrecht*, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 58.

⁷⁰⁵ *Roxin*, JuS 6 (1966), 377 (386).

⁷⁰⁶ *Kunz*, Kriminologie, 1994, S. 292; *Kunz*, Kriminologie, 6. Aufl. (2011), S. § 26 Rn. 22.

⁷⁰⁷ *Pawlik*, in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz, 2010, S. 59 (92).

Abs. 1 StVollzG): „Der Gefangene wirkt an der Gestaltung seiner Behandlung und an der Erreichung des Vollzugszieles mit. Seine Bereitschaft hierzu ist zu wecken und zu fördern.“ Den Strafgefangenen werden daher viele Maßnahmen und Aktivitäten zugewiesen, die auf eine erfolgreiche Resozialisierung abzielen (§§ 6 f. StVollzG). Insbesondere erfolgt die Verlegung in verschiedene Vollzugsanstalten zwangsweise, die unter anderem auch die Eingliederung nach der Entlassung fördern soll (§§ 8 Abs. 1 Nr. 1; 9 Abs. 1 iVm 6 Abs. 2 S. 2 StVollzG). Der Gesetzgeber hat aber bewusst keine Mitwirkungspflicht und folglich keine Sanktion für die Nichtmitwirkung an der resozialisierenden Behandlung vorgesehen. „Es wird damit ausgedrückt“, so der Sonderausschuss des Bundestags, „daß der Gefangene nicht nur Objekt des Vollzugs ist, sondern eine Persönlichkeit, der es zusteht und angemessen ist, an seiner Behandlung mitzuwirken⁷⁰⁸.“ Außerdem darf eine ärztliche Behandlung zur sozialen Eingliederung nur mit der Zustimmung des Gefangenen durchgeführt werden (§ 63 StVollzG).

Ähnlich verhält es sich bei der Straf(rest)aussetzung. Schon bei ihrer Einführung ins Erwachsenenstrafrecht hat der Gesetzgeber 1953 Tür und Tor für die richterliche Kreativität eröffnet⁷⁰⁹. Er legte fest, dass das Gericht „insbesondere“ die aufgelisteten Bewährungsaufgaben, wie etwa eine ärztliche Behandlung und eine Entziehungskur, vom Amtswegen, also ohne Zustimmung des Verurteilten, anordnen darf, wenn zu erwarten ist, dass die Auflagen der Legalbewährung dienen können (§ 24 a.F. StGB)⁷¹⁰. Das Wort „insbesondere“, nach der geltenden Fassung „namentlich“, bedeutet, dass weitere Konstellationen nicht ausgeschlossen sind. 1970 wurde zwischen Bewährungsaufgaben und -weisungen unterschieden, wobei sich der Zweck der Auflagen ausdrücklich auf die Genugtuung für das begangene Unrecht und der Zweck der Weisungen auf den Resozialisierungsbedarf beschränkte (§ 24a Abs. 1 a.F., § 24b Abs. 1 a.F., § 56b Abs. 1 g.F., § 56c Abs. 1 g.F. StGB). Gleichzeitig wurden die vorherigen Auflagen einer ärztlichen Behandlung (nun als „Heilbehandlung“) sowie eines Entziehungskurses in die Weisungen eingegliedert. Die Anordnung der ärztlichen Behandlung und die Anordnung dessen, in einer dafür geeigneten Einrichtung Aufenthalt zu nehmen, setzen nun eine Einwilligung des Verurteilten voraus (§ 24b Abs. 3 a.F.; § 56c Abs. 3 g.F. StGB)⁷¹¹. Zudem fanden die Vorschriften über die Bewährungsweisungen bei der Strafrestauesetzung – zuerst nur bei zeitiger (§ 26 Abs. 3

⁷⁰⁸ BT-Drucks. 7/3998, S. 1–131.; vgl. *Laubenthal*, Strafvollzug, 7. Aufl. (2015), S. 156. Der Regierungsentwurf sah dagegen eine Mitwirkungspflicht, wenn auch ohne die damit verbundene Sanktionen, vor, s.BT-Drucks. 7/918, S. 1–143.

⁷⁰⁹ *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 56c, Rn. 27.

⁷¹⁰ BGBl. I 1953 Nr. 44 vom 1953-08-06, S. 735–750.

⁷¹¹ BGBl. I 1969 Nr. 52 vom 1969-06-30, S. 645–682; BGBl. I 1969 Nr. 56 vom 1969-07-10, S. 717–742.

a.F. StGB; § 57 Abs. 3 g.F. StGB)⁷¹², seit 1982 auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 57a Abs. 3 StGB)⁷¹³ – zur Bewährung entsprechend Anwendung. Die Einwilligung des Verurteilten in die Heilbehandlung *ohne* körperlichen Eingriff wird seit 1998 – wenn auch nicht unumstritten⁷¹⁴ – wieder entbehrlich, während sie für die Behandlung *mit* körperlichem Eingriff, für die Entziehungskur und Aufenthaltsnahme in einer dafür geeigneten Einrichtung nach wie vor notwendig bleibt (§§ 56c Abs. 3, 57 Abs. 3, 57a Abs. 3 StGB)⁷¹⁵.

Die Anordnung von resozialisierenden Maßnahmen ist dagegen erheblich eingeschränkt. Als der Strafvorbehalt 1973 in Kraft getreten ist, wurde dafür keine Weisung vorgeschrieben (§ 59a a. F. StGB)⁷¹⁶. Sie wurde erst 1986 eingeführt und soll auch der Resozialisierung dienen (§ 59a Abs. 3 a. F. iVm § 59 Abs. 1 a. F. StGB; § 59a Abs. 2 g. F. iVm § 59 Abs. 1 g. F. StGB)⁷¹⁷. Anders als bei der Straf- und Strafrestaussatzung sind hier von Anfang an nur die aufgelisteten Weisungen erlaubt⁷¹⁸. Sie wurden 1994 und 2013 ausgebaut⁷¹⁹ und enthalten nach der geltenden Fassung die Folgenden: Wiedergutmachung, den Unterhaltungspflichten nachzukommen, einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen, sich einer ambulanten Heilbehandlung oder einer ambulanten Entziehungskur zu unterziehen, an einem sozialen Trainingskurs oder einem Verkehrsunterricht teilzunehmen (§ 59a Abs. 2 StGB). Von Anfang an darf weder stationäre Heilbehandlung noch stationäre Entziehungskur, egal ob mit oder ohne körperlichen Eingriff, angeordnet werden (§ 59a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a. F. = Nr. 4 g. F. StGB)⁷²⁰. In entsprechender Anwendung des § 56c StGB durften zuerst alle ambulante Heilbehandlung und alle ambulante Entziehungskur nur mit einer Einwilligung des Verurteilten erteilt werden (§ 59a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und S. 2 a. F. iVm § 56c Abs. 3 Nr. 1 a. F. StGB). Seit 1998 wird für die ambulante Heilbehandlung ohne körperlichen Eingriff diese Einwilligung nicht mehr benötigt (§ 59a Abs. 2 S. 3 iVm § 56c Abs. 3 Nr. 1 StGB)⁷²¹.

⁷¹² BGBl. I 1953 Nr. 44 vom 1953-08-06, S. 735–750; BGBl. I 1969 Nr. 52 vom 1969-06-30, S. 645–682; BGBl. I 1969 Nr. 56 vom 1969-07-10, S. 717–742.

⁷¹³ BGBl. I 1986 Nr. 53 vom 1981-12-15, S. 1329–1330.

⁷¹⁴ Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 56c, Rn. 23.

⁷¹⁵ BGBl. I 1998 Nr. 75 vom 1998-11-19, S. 3322–3410.

⁷¹⁶ BGBl. I 1969 Nr. 56 vom 1969-07-10, S. 717–742.

⁷¹⁷ BGBl. I 1986 Nr. 14 vom 1986-04-17, S. 393–397.

⁷¹⁸ Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 59a, Rn. 1.

⁷¹⁹ BGBl. I 1994 Nr. 76 vom 1994-11-04, S. 3186–3198; BGBl. I 2012 Nr. 54 vom 2012-11-26, S. 2298.

⁷²⁰ BGBl. I 1986 Nr. 14 vom 1986-04-17, S. 393–397.

⁷²¹ BGBl. I 1998 Nr. 75 vom 1998-11-19, S. 3322–3410.

Nach dem geltenden Recht ist die Zulässigkeit einer zwangsweisen Zuweisung von resozialisierenden Maßnahmen also je nach der Sanktionsart unterschiedlich geregelt. Während im Strafvollzug und bei der Straf(rest)aussetzung prinzipiell alle Maßnahmen angeordnet werden dürfen und nur die medizinische Behandlung sowie Entziehungskur eine Einwilligung des Verurteilten voraussetzen, verfügt das Gericht beim Strafvorbehalt über viel weniger Optionen. Beiden gemein ist, dass die Mitwirkung des Straftäters an den resozialisierenden Maßnahmen nicht durch Auferlegung zusätzlicher Konsequenzen erzwungen werden darf⁷²². Kommt der Verurteilte bzw. Verwarnte den Weisungen nicht nach, droht ihm lediglich der Widerruf der Strafaussetzung bzw. des Strafvorbehalts (§§ 56f, 57 Abs. 5, 57a Abs. 3 und 59b Abs. 1 StGB), während die Nichtmitwirkung eines Strafgefangenen an der resozialisierenden Behandlung zur Folge haben könnte, dass ihm eine Lockerung des Vollzugs oder eine Strafrestausssetzung nicht erteilt wird, weil sich sein Rückfallrisiko nicht ausreichend reduziert hat (§ 57 Abs. 1 S. 2 StGB; § 11 Abs. 2 StVollzG).

3.2.3. Rechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar ständig aus dem Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG) in Verbindung mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) sowie dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) sowohl den *grundrechtlichen Anspruch* des Strafgefangenen – später auch der Sicherungsverwahrten⁷²³ und der im Maßregelvollzug Untergebrachten⁷²⁴ – auf die Resozialisierung als auch die entsprechende *staatliche Verpflichtung* bzw. das *Resozialisierungsgebot* hergeleitet⁷²⁵. Über die Möglichkeit einer zwangsweisen Resozialisierung hat sich das BVerfG aber nur selten geäußert.

In einem Urteil aus dem Jahr 1967 erklärte das BVerfG die zwangsweise Unterbringung eines Erwachsenen, die „weder um den Schutz der Allgemeinheit noch um den Schutz des Betroffenen“, sondern „allein um die ‚Besserung‘ des Betroffenen“ geht, für verfassungswidrig. Das BVerfG führte aus, dass der Staat nicht die Aufgabe habe, seine Bürger zu bessern und er könne ihnen aus diesem Grund auch nicht die Freiheit entzie-

⁷²² Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 56c, Rn. 21.

⁷²³ BVerfG, Urt. v. 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE, 133 (150 f.); BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, BVerfGE, 326-409 (377).

⁷²⁴ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, BVerfGE, 282 (314 f.).

⁷²⁵ BVerfG, Urt. v. 3.5.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE, 202-245 (235 f.); BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (238 f.); BVerfG, Urt. v. 1.7.1998 – 2 BvR 441, 493/90, 618/92, 212/93 und 2 BvL 17/94, BVerfGE 1998, 169 (200); BVerfG, Beschl. v. 8.11.2006 – 2 BvR 578, 796/02, BVerfGE, 71-126 (91).

hen, ohne dass sie sich oder andere gefährden⁷²⁶.

Folgt man dieser Begründung, dürfte der Staat einem Bürger die Freiheit dann legitim entziehen, um ihn zu bessern, wenn ein an sich legitimer Zweck, wie etwa Schuldausgleich, gleichzeitig mit dem Freiheitsentzug verfolgt würde und der Betroffene die Freiheit anderer gefährden würde. Dies wäre unter anderem dann der Fall, wenn der Straftäter ein unerlaubtes Rückfallrisiko aufwiese. Impliziert sind diese Schlussfolgerungen in den späteren Entscheidungen des BVerfG. Innerhalb des schuldangemessenen Rahmens werde den anderen anerkannten Strafzwecken, darunter Spezialprävention, „Raum gegeben, um das Strafmaß im konkreten Fall zu ermitteln“⁷²⁷.

In einem Urteil aus dem Jahr 1998 stellte das BVerfG fest, dass eine Pflichtarbeit im Strafvollzug neben anderen Gründen (§ 41 StVollzG; Art. 12 Abs. 3 GG) auch dann erlaubt sei, wenn sie „ein wirksames Resozialisierungsmittel“ darstelle⁷²⁸. Das Urteil lässt sich dahin auslegen, dass eine Resozialisierung unter bestimmten Umständen, wie etwa durch eine gut gestaltete Pflichtarbeit im Strafvollzug, erzwungen werden dürfe. Die Arbeitspflicht stellt aber einen Sonderfall dar, weil sie und ihre mittelbare Erzwingung durch Disziplinarmaßnahmen gesetzlich vorgeschrieben sind (§§ 41, 102 StVollzG; Art. 12 Abs. 3 GG)⁷²⁹. Ob weitere Konstellationen *de lege lata* im Strafvollzug bestehen, bei denen eine Mitwirkung an der Resozialisierung mittelbar erzwungen werden darf, erscheint daher eher zweifelhaft.

Noch deutlicher hat das BVerfG 2011 entschieden, dass eine medizinische Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug zwar „dem Gesetzgeber nicht prinzipiell verwehrt“ sei. Sie komme aber nicht in Betracht, wenn das Ziel der Schutz Dritter vor Straftaten, also in der Verhütung des Rückfalls sei. Denn dieser Schutz könne in einer weniger eingriffsintensiven Weise „auch dadurch gewährleistet werden, dass der Untergebrachte unbehandelt im Maßregelvollzug verbleibt“⁷³⁰. Andererseits dürfe eine medizinische Zwangsbehandlung „mit dem Ziel, den Betroffenen entlassungsfähig zu machen“⁷³¹, nur dann vorgenommen werden, wenn der Untergebrachte „zur Einsicht in die Schwere seiner Krankheit und die Notwendigkeit von Behandlungsmaßnahmen oder zum Handeln gemäß solcher Einsicht

⁷²⁶ BVerfG, Urt. v. 18.7.1967 – 2 BvF 3, 4, 5, 6, 7, 8/62; 2 BvR 139, 140, 334, 335/62, BVerfGE, 180-220 (219 f.).

⁷²⁷ BVerfG, Urt. v. 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE, 133 (173); BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (253 f.); BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, BVerfGE, 326-409 (376).

⁷²⁸ BVerfG, Urt. v. 1.7.1998 – 2 BvR 441, 493/90, 618/92, 212/93 und 2 BvL 17/94, BVerfGE 1998, 169 (201).

⁷²⁹ Laubenthal, Strafvollzug, 7. Aufl. (2015), S. 284 f.

⁷³⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, BVerfGE, 282 (303 f.).

⁷³¹ BVerfG, a.a.O., S. 307.

krankheitsbedingt nicht fähig ist⁷³²“. Das BVerfG begründete dies damit, dass der Betroffene hilfsbedürftig sei, weil er gerade durch die krankheitsbedingte Einsichtsunfähigkeit gehindert werde, „seine grundrechtlichen Belange insoweit wahrzunehmen, als es um die Wiedererlangung der Freiheit geht⁷³³“. Auch in diesem Fall müssten strenge materielle sowie verfahrensrechtliche Anforderungen an eine solche Zwangsbehandlung erfüllt werden, um den betroffenen Freiheitsrechten möglichst weitgehend Rechnung zu tragen⁷³⁴. Es müsse z. B. ein ernsthafter Versuch vorausgegangen sein, eine auf Vertrauen gegründete Zustimmung des Untergebrachten zu erreichen, auch wenn die Maßnahme trotz seines Fehlschlags durchgeführt werden soll. Effektiver Rechtsschutz müsse garantiert werden. Zwangsbehandlung dürfe ferner nur als letztes Mittel eingesetzt werden und nicht über das erforderliche Maß, wie etwa die erforderliche Dauer und Dosierung, hinausgehen⁷³⁵.

Der letztgenannte Beschluss hat einige Fragen offen gelassen, die für den vorliegenden Kontext einer zwangsweisen Resozialisierung durch Strafe maßgeblich sind. Der Beschluss bezieht sich auf medizinische Maßnahmen, zu denen weder die Strafen, noch die üblichen resozialisierenden Methoden⁷³⁶ im Rahmen der strafrechtlichen Sanktionen gehören. Handelt es sich um eine für die Resozialisierung erforderliche medizinische Behandlung im Rahmen des Strafvollzugs, etwa wenn einem Straftäter eine abhängigkeitsbedingte Einsichtsunfähigkeit in die Behandlungsbedürftigkeit oder eine Unfähigkeit zu einsichtsgemäßigem Verhalten nachgewiesen wird, gelten nach der hier vertretenen Auffassung die vom BVerfG festgelegten materiellen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Zwangsbehandlung entsprechend. Darf aber eine nicht-medizinische Behandlung (z. B. eine Beratung oder Psychotherapie) gegen die Straftäter, die keine solche Unfähigkeiten aufweisen, bei einem entgegenstehenden Willen angeordnet werden? Wenn ja, welche materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen sollen hier Anwendung finden, um eine zwangsweise Resozialisierung zu rechtfertigen? Gibt es resozialisierende Maßnahmen, die auf keinen Fall erzwungen werden dürfen? Klare Antworten auf diese Fragen lassen sich dem Beschluss nicht entnehmen.

⁷³² BVerfG, a.a.O., S. 304 f.

⁷³³ BVerfG, a.a.O., S. 306.

⁷³⁴ BVerfG, a.a.O., S. 309–318.

⁷³⁵ BVerfG, a.a.O., S. 309–311.

⁷³⁶ Vgl. S. 187 ff.

3.2.4. Stellungnahme

3.2.4.1. Spezialprävention als legitimer Strafzweck

Die Zulässigkeit der spezialpräventiven Strafzumessung setzt erstens voraus, dass die Rückfallverhütung, zu den Aufgaben oder legitimen Zwecken des Staats gehört. Dies steht außer Frage, da der Staat zum Schutz seiner Bürger vor Kriminalität verpflichtet ist, egal ob es sich dabei um die erste Tatbegehung oder den Rückfall der potenziellen Täter handelt. Zweitens soll daraufhin überprüft werden, ob die Mittel, nämlich Strafen und resozialisierende Behandlungsmaßnahmen im Rahmen einer Strafvollstreckung oder eines Strafvollzugs, zur Erfüllung dieser Aufgabe angewendet werden darf.

3.2.4.2. Zulässigkeit der zwangsweisen Resozialisierung

In Bezug auf die Zulässigkeit einer zwangsweisen Resozialisierung durch Strafe *per se* stellt sich eigentlich nicht die Frage nach dem „Ob“, sondern vielmehr nach dem „Wann“. Denn die Strafe, in welcher Form auch immer, ist stets ein vom Staat auferlegter Zwang. Man muss es daher zumindest dulden, wenn sich irgendeine strafrechtliche Sanktion überhaupt resozialisierend oder effizienter als andere Sanktionen auswirkt. Sollte dies nicht der Fall sein, dann wäre der Staat verpflichtet, solcher Wirkung vorzubeugen, sie zu beseitigen oder für eine „Austauschbarkeit der Sanktionen“⁷³⁷ bezüglich dieser Wirkung zu sorgen – was freilich der staatlichen Aufgabe zur Verbrechenverhütung zuwiderlaufen würde.

Die Frage kann sich „aktiver“ stellen, nämlich, ob der Staat bewusst eine Strafe verhängen darf, um im Einzelfall das Rückfallrisiko des Täters effizienter als durch eine andere Strafe zu reduzieren? Würde dies angesichts des Wesens der Strafe als staatlicher Zwang eine unerlaubte Zwangsbesserung darstellen? Zur Antwort darauf ist die herrschende Meinung bezüglich der Strafzumessung heranzuziehen⁷³⁸: Eine Spezialprävention darf nur im schuldangemessenen Strafraum verfolgt werden.

Die Antwort wird aber komplizierter, wenn es sich nicht um eine resozialisierende Wirkung der Strafe *per se*, sondern um weitere Resozialisierungsmaßnahmen im Rahmen der Strafvollstreckung bzw. des Strafvollzugs handelt. Es bestehen hierfür verschiedene Möglichkeiten. Man könnte *ausschließlich* freiwillige Teilnahmen am Resozialisierungsprogramm erlauben, wie bereits einige Autoren forderten⁷³⁹. Als zweite Möglichkeit lässt

⁷³⁷ Näher Fn. 937.

⁷³⁸ Fn. 1404.

⁷³⁹ S. 137.

sich die Zulässigkeit *nach der Intensität sowie Form des Zwangs und Eingriffs in die Intimsphäre abstufen*, wie es der Gesetzgebung oder der Rechtsprechung des BVerfG zu entnehmen ist. Davon geht auch die vorliegende Arbeit aus. Die Lösung lässt sich aus den folgenden Grundsätzen ableiten:

- 1) Das Grundgesetz gewährt jedem das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, vor allem durch selbstbestimmte Handlung und freie Lebensgestaltung, in einem geordneten Zusammenleben bzw. Gemeinschaftsleben (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG)⁷⁴⁰.
- 2) Nach Art. 2 Abs. 1 GG hat jeder aber auch die Pflicht, bei der freien Persönlichkeitsentfaltung nicht gegen das Strafrecht zu verstoßen. Für die Verletzung dieser Pflicht muss er die Verantwortung tragen und angemessene Rechtsfolgen tragen⁷⁴¹. Der Straftäter hat dabei aber keine Pflicht, die eigene Persönlichkeit in eine bestimmte Richtung zu entwickeln, da sie „zum unantastbaren innersten Lebensbereich gehört“ und damit nicht staatlich Eingriffen ausgesetzt werden darf⁷⁴². Er hat vielmehr die gleiche Pflicht wie alle anderen, bei der freien Persönlichkeitsentfaltung nicht (wieder) gegen das Strafrecht zu verstoßen. Begeht er erneut eine Straftat, werden ihm Rechtsfolgen erneut auferlegt. Das Recht auf die freie Persönlichkeitsentfaltung schließt also die „Freiheit zur abweichenden Persönlichkeit“ ein, wenn auch der Betroffene für jeden ihrer Ausdrücke in Form einer Straftat die strafrechtliche Verantwortung tragen muss.
- 3) Andererseits lässt sich aus dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit dem Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung und der Menschenwürde (Art. 20 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG) die Aufgabe des Staates herleiten, für

⁷⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 16.1.1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 32, 32-45 (36); BVerfG, Urt. v. 3.5.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE, 202-245 (220); BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (227 f.); BVerfG, Beschl. v. 6.6.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE, 137 (152); BVerfG, Beschl. v. 9.3.1994 – 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, BVerfGE, 145 (171); BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92, BVerfGE, 203 (257 f.); BVerfG, Beschl. v. 8.11.2006 – 2 BvR 578, 796/02, BVerfGE, 71-126 (89); BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370, 595/07, BVerfGE, 274-350 (335); BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, BVerfGE, 267 (413); BVerfG, Beschl. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11, BVerfGE, 168-241 (413); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE, 317-376 (343); BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE, 1 (18 f.).

⁷⁴¹ BVerfG, Urt. v. 25.2.1975 – 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE, 1 (43); BVerfG, Beschl. v. 9.3.1994 – 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92, BVerfGE, 145 (171 f.); BVerfG v. 26.2.2008, BVerfGE, 224 (239 f.).

⁷⁴² BVerfG, Urt. v. 16.1.1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 32, 32-45 (41); BVerfG, Urt. v. 3.5.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE, 202-245 (225); Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE, 279 (313); BVerfG, Beschl. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05, BVerfGE, 1-59 (22); BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370, 595/07, BVerfGE, 274-350 (335).

Gruppen der Gesellschaft zu sorgen, „die auf Grund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind“⁷⁴³. Diese Aufgabe verlangt bei Strafsachen, die Fähigkeit und den Willen des Straftäters – bisher besprach das BVerfG die Gefangenen, Sicherungsverwahrten und im Maßregelvollzug Untergebrachten – zur Lebensführung ohne Rechtsbruch in einer freien Gesellschaft zu fördern, was vom BVerfG als Resozialisierungsgebot bezeichnet wird⁷⁴⁴. Die Aufgabe zur Resozialisierung darf freilich angesichts der Persönlichkeitsentfaltung als Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung in der Regel⁷⁴⁵ nicht durch – auch mittelbaren – Zwang erfüllt werden. Die resozialisierenden Maßnahmen stellen, wie einige Autoren mit Recht verweisen, vielmehr ein Angebot einer Fürsorge oder einer Sozialleistung des Staates dar, deren Erbringung eine Inanspruchnahme oder mindestens eine Zustimmung des Bedürftigen, wenn er danach gefragt wird, voraussetzt⁷⁴⁶.

- 4) Beim Befolgen des Resozialisierungsgebots sollen jedoch die Besonderheiten der Straftäter berücksichtigt werden. Viele, insbesondere die Wiederholungstäter haben einen langen Weg zurückgelegt, auf dem sie wegen abweichender Kontakte, Einstellungen und Verhaltensweisen häufig und intensiv, materiell oder immateriell belohnt wurden⁷⁴⁷. Sie haben es eingeübt, die negative Bedeutung der Abweichung zu relativieren und sogar sich damit zu identifizieren. Dieses Abweichen ist ein Teil ihres normalen Lebens, auch wenn sie nicht ganz im Unwissen über die Mainstream-Normen handeln⁷⁴⁸ und deswegen vom Gericht regelmäßig für schuldig gehalten werden. In diesem Hinblick sind ihre Fähigkeit, die Schwere ihrer kriminogenen Neigung und das Bedürfnis nach Resozialisierungsmaßnahmen zu beurteilen, gewissermaßen behindert⁷⁴⁹. Der Staat müsste beim Umgang mit den Straftätern aktiv eingreifen, um seiner Aufgabe zur Resozialisierung besser Rechnung zu tragen. Mit „aktiv“ ist hier selbstverständlich nicht eine Zwangsbesserung gemeint, sondern das Bemühen, die Bereitschaft des Straftäters

⁷⁴³ BVerfG, Urt. v. 3.5.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE, 202-245 (236); BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE, 187 (238 f.); BVerfG, Urt. v. 1.7.1998 – 2 BvR 441, 493/90, 618/92, 212/93 und 2 BvL 17/94, BVerfGE 1998, 169 (200); BVerfG, Beschl. v. 8.11.2006 – 2 BvR 578, 796/02, BVerfGE, 71-126 (91).

⁷⁴⁴ Fn. 723–725.

⁷⁴⁵ Ausnahmefälle vgl. S. 141–142.

⁷⁴⁶ Kunz, Kriminologie, 6. Aufl. (2011), S. § 26 Rn. 22; vgl. auch Roxin, JuS 6 (1966), 377 (382).

⁷⁴⁷ Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 291–295.

⁷⁴⁸ Andrews/Bonta, Psychology of Criminal Conduct, 5. Aufl. (2010), S. 238 f.; dazu S. unten S. 251.

⁷⁴⁹ Vgl. Fn. 732 die Maßstäbe vom BVerfG für die Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug.

zur Resozialisierung zu wecken und zu fördern⁷⁵⁰. Notwendig ist daher ein ernsthafter Versuch seitens des Staats, eine „auf Vertrauen gegründete Zustimmung“ des Straftäters in die Resozialisierungsmaßnahmen zu erreichen⁷⁵¹.

Anhand der vorstehenden Grundsätze lässt sich zunächst überprüfen, ob die geltenden Gesetze über die Straftäterbehandlung verfassungsmäßig sind:

- 1) Das Gericht darf *de lege lata* für den Fall einer Straf(rest)aussetzung, eines Strafvorbehalts oder einer Führungsaufsicht anordnen, dass sich der Verurteilte bzw. Verwarnte bei einer Bewährungshelferin oder einem Bewährungshelfer oder einer anderen Stelle meldet oder einer Therapie unterzieht, um einen Rückfall zu verhüten (§§ 56c Abs. 2 Nr. 2, 57 Abs. 3 und 57a Abs. 3 jeweils iVm 56c Abs. 2, 68b Abs. 1 Nr. 7 bis 9 und 11 StGB). Die Strafvollzugsanstalt darf den Strafgefangenen einer Untersuchung zum Zweck der resozialisierenden Behandlung unterziehen, um Vollzugspläne zu erstellen. Treffen zwischen dem Gefangenen und der für seine resozialisierende Behandlung zuständigen Person (z. B. einem Psychologen, Psychiater, Sozialarbeiter oder sonstigen Berater) dürfen organisiert werden, bei denen sie die Planung der Behandlung erörtern (§§ 6 f., 159 StVollzG). Im oder außerhalb der Vollzugsanstalt sammelt die jeweilige Gegenseite (nachher als: Betreuer) des Treffens und der Untersuchung im Gespräch Information über die äußeren sowie inneren Umstände des Straftäters und passt die Behandlungsmaßnahmen entsprechend an.
- 2) Die eben dargestellten Befugnisse des Gerichts und der Strafvollzugsanstalt, Behandlungsuntersuchungen und Treffen anzuordnen, *verstoßen insofern nicht* gegen die allgemeine Handlungsfreiheit, als dem Straftäter – *de lege lata*⁷⁵² – bei der Nichtmitwirkung keine anderen Konsequenzen als der Vollzug bzw. die Vollstreckung der verhängten oder vorbehaltenen Strafe drohen. Denn jeder Straftäter verdient es, für seine Tat zu einer schuldangemessenen Strafe verurteilt zu werden und sie abzubüßen. Es stellt für ihn keinen rechtswidrigen Zwang dar, wenn er deshalb eine solche Strafe verbüßen oder voll verbüßen muss, weil die Voraussetzung – nämlich ein niedriges Rückfallrisiko – für den Strafvorbehalt, die Straf(rest)aussetzung oder die Lockerung des Strafvollzugs nicht (mehr) besteht.

⁷⁵⁰ Vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 StVollzG; BT-Drucks. 7/3998, S. 1–131.; § 66c Abs. 1 Nr. 1 a) StGB.

⁷⁵¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09, BVerfGE, 282 (309).

⁷⁵² S. 140.

3.2.4.3. Vorkehrungen zur Gewährleistung einer freiwilligen Teilnahme an der Resozialisierung

Anhand derselben Grundsätze werden sich die folgenden Novellen vorgeschlagen, um die Eigenschaft der Resozialisierung als staatliche Fürsorge unmissverständlich klarzustellen und eine freiwillige Teilnahme an der Resozialisierung zu gewährleisten:

- 1) Um dem Straftäter keinen falschen Eindruck zu vermitteln, dass er bei den angeordneten Treffen und Untersuchungen eine Mitwirkungspflicht hätte, soll *de lege ferenda* in Anlehnung an die „Informierte Einwilligung“⁷⁵³ als Standard der empirischen Forschung am Menschen klar geregelt werden, dass der Betreuer *zum Beginn des ersten Gesprächs* den Straftäter über den Zweck des Treffens, seine Stellung und Rechte aufklärt:
 - a) Das Treffen und Gespräch dienen seiner Resozialisierung.
 - b) Das, was er dem Betreuer anvertraut, darf in keinem Fall zur Strafverfolgung gegen ihn verwendet werden.
 - c) Seine Mitwirkung ist nützlich für eine angemessene Behandlungsplanung und eine effiziente Resozialisierung.
 - d) Er hat aber weder Behandlungs- noch Mitwirkungspflicht.
 - e) Seine tatsächliche Mitwirkung wird als konkludente Einwilligung in die Weiterführung des Gesprächs angesehen.
 - f) Er kann auch im Falle der Mitwirkung jeden beliebigen Teil des Gesprächs verweigern und das Gespräch jeder Zeit beenden, ohne Gründe anzugeben und ohne andere Konsequenzen als die Vollstreckung bzw. den Vollzug der ihm verhängten oder vorbehaltenen Strafe zu befürchten.
 - g) Diese Konsequenzen (Vollstreckung bzw. Vollzug der verhängten oder vorbehaltenen Strafe) sind nicht notwendig, sondern erst dann, wenn sich die Erwartung seiner Legalbewährung nicht erfüllt hat oder wenn sich weitere Voraussetzungen für die Vollstreckung bzw. den Vollzug der Strafe oder die Verurteilung zu Strafe erfüllen.
 - h) Das Treffen heute dient nur zum Zweck der Aufklärung; eine Behandlung findet heute nicht statt.

⁷⁵³ American Psychological Association, Ethical Principles of Psychologists and Code of Conduct, 2017, 8.02, 8.03, unter: <https://www.apa.org> (abgerufen am 27.07.2019).

- i) Die Behandlung findet erst mit seiner schriftlichen Einwilligung statt.
 - j) Eine gültige schriftliche Einwilligung in die Behandlung kann er aber frühestens beim nächsten Treffen abgeben.
 - k) Er soll neben dem Nutzen auch berücksichtigen, dass die Behandlung seine Einstellungen, Emotionen, Emotionsregulation, Persönlichkeit, Verhaltensweisen, soziale Beziehungen oder weitere Lebensverhältnisse zugunsten der Legalbewährung verändern versucht, wobei er negative Gefühle wie Unbehagen, Scham oder inneren Widersprüche spüren könnte.
- 2) Neben der mündlichen Aufklärung ist beim ersten Treffen eine Belehrung in Schriftform auszuhändigen, die zugleich ein Einwilligungsformular darstellt.
- a) Darauf müssen alle Punkte von 1) stehen.
 - b) Es muss außerdem hervorgehoben werden, dass Punkte 1)a) bis 1)g) auch bei einer gültigen Einwilligung entsprechende Anwendung finden.
- 3) Um ausreichend Bedenkzeit zu gewähren, darf das zweite Treffen *erst 48 Stunden nach* dem Ende des ersten Treffens stattfinden.
- 4) Bei der Abgabe der schriftlichen Einwilligung ist eine Kopie davon sogleich auszuhändigen.
- 5) Für alle Punkte 1) bis 4) sind entsprechende rechtliche Grundlagen zu verschaffen, insbesondere:
- a) Zu 1)b) soll *de lege ferenda* das Verbot bei der Führungsaufsicht, die im Rahmen eines Betreuungsverhältnisses erhaltenen Informationen zum fremden Zweck zu verwenden (§§ 68a Abs. 8 und 68b Abs. 5 StGB), auch auf alle resozialisierenden Maßnahmen im Rahmen von Strafvollstreckung und -vollzug entsprechend Anwendung finden, damit der Straftäter dem Betreuer die für die Behandlung relevanten Informationen im Vertrauen mitteilen kann.
 - b) Zu 1)c) und 1)d) sollen *de lege ferenda* die Vorschriften des Strafvollzugs (§ 4 StVollzG; § 66c Abs. 1 Nr. 1 a StGB) entsprechende Anwendung finden, dass sich der Betreuer auch bei der Straf(rest)aussetzung zur Bewährung und dem Strafvorbehalt zur Bewährung darum bemühen soll, die Mitwirkungsbereitschaft des Straftäters zu wecken und zu fördern. Obwohl solche Bemühungen auch *de lege lata* rechtmäßig sind, soweit sie durch keine unerlaubten Mittel wie Zwang oder Vortäuschung erfolgen, wird mit der Regelung ausgedrückt,

dass trotz der Aufklärung über das Nichtbestehen einer Mitwirkungspflicht nicht auf solche Bemühungen verzichtet werden soll.

Diese Vorkehrungen sind notwendig, weil der Staat durch die Straftäterbehandlung in den Kernbereich der Intimsphäre eingreift, indem er die Einstellungen, Emotionen, Emotionsregulation, Persönlichkeit, Verhaltensweisen, soziale Beziehungen oder weitere Lebensverhältnisse eines Bürgers zu verändern versucht.

Darüber hinaus ist empfehlenswert, wenn nicht zwingend, zum Beginn jedes nachfolgenden Treffens erneut über Punkte 1)a) bis 1)g) mündlich aufzuklären.

3.2.5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist eine zwangsweise Resozialisierung nur in eingeschränktem Maße zulässig. Der Staat kann ohne die Zustimmung des Straftäters resozialisierende Untersuchungen, Behandlungen und Maßnahmen anweisen. Ob und inwieweit der Straftäter an der Resozialisierung aktiv mitwirkt, entscheidet er jedoch selbst. Verstößt er gegen die Weisungen, setzt er sich dem Risiko des Widerrufs bzw. Chancenverlusts einer günstigen Strafvollstreckung oder eines günstigen Strafvollzugs aus. Mehr Zwang darf der Staat nicht auf einen – auch nur vermindert – schuldfähigen Straftäter anwenden.

Diese Thesen ergeben jedoch nur dann Sinn, wenn die rückfall-reduzierende Wirkung der Strafe oder der resozialisierenden Maßnahmen besteht und sich infolge ihrer Art, Höhe oder Maße verändern kann. Ansonsten würde der Staat ungeeignete und damit verfassungswidrige Mittel zur Erreichung eines auch legitimen Zwecks einsetzen. Ein Rechtsstaat muss zwar nicht gleich nach seiner Gründung alle empirischen Thesen in den Gesetzen wissenschaftlich nachweisen lassen und darf sich für die Gesetzgebung vorerst auf Alltagstheorien und Einschätzungsprärogative stützen⁷⁵⁴; er darf der eigentlichen Beweisführung aber nicht für ewig ausweichen⁷⁵⁵. Nun, mehr als vier Jahrzehnte nach der Prägung von „Nothing works“⁷⁵⁶, ist es der richtige Zeitpunkt, auf die inzwischen angehäuften Forschungen über die Spezialprävention gründlich einzugehen, um ihre empirischen Grundlagen, aber auch die empirischen Kritik an ihr, zu überprüfen (→ Abschnitt 4). Sollte sich ein kaum wesentlicher Fortschritt der Beweislage herausstellen, würde die

⁷⁵⁴ Zur Spezialprävention vgl. *BVerfG*, Urt. v. 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01, *BVerfGE*, 133 (157 f.); zur positiven Generalprävention *BVerfG*, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, *BVerfGE*, 187 (256, 258).

⁷⁵⁵ Vgl. Hassemer, in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke* (Hrsg.), *Hauptprobleme*, 1979, S. 29 (49 f.).

⁷⁵⁶ Das Schlagwort wird verbreitet als von Robert Martinson geprägt angesehen. Martinson räumte selbst später ein, dass sein früheres Ergebnis „nothing works“ falsch sei und er nun im Gegenteil dazu von einem „Something works“ ausgehen wolle; siehe dazu *Martinson*, *The Public interest* 1974, 22 (48); *Martinson*, *Hofstra Law Review* 7 (1979), 243 (253 f.); vgl. auch *Bonta/Andrews*, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 226.

Legitimität der – inzwischen üppig gewordenen – spezialpräventiven Kriminalpolitik unter hohen Druck geraten.

4. Empirische Erkenntnisse

Die empirischen Studien zur Spezialprävention lassen sich in zwei allgemeine Kategorien gliedern, nämlich die Forschung über die Prognose des Rückfallrisikos und die über die Rückfallverhütung durch Strafe oder weitere Maßnahmen⁷⁵⁷. Beide Kategorien ergänzen sich. Alle Wirkungsweisen der Spezialprävention, egal ob die spezielle Abschreckung, die Resozialisierung, oder die Sicherung, setzen fundierte Prognoseforschung voraus. Denn man muss zuerst, mit den Worten *Liszts*⁷⁵⁸, zwischen den besserungsfähigen und -unfähigen Tätern, bei den ersten wiederum zwischen den besserungsbedürftigen und -unbedürftigen Tätern differenzieren können, um ihnen eine passende Sanktion oder Maßnahme zuzuteilen. Andererseits kann man mit der Rückfallprognose allein, wie treffsicher sie auch sein mag, nur schwierig das spezialpräventive Ziel erreichen, sollte man nicht wissen, was wann auf wen wie wirkt.

Das bedeutet für die vorliegende Arbeit dreierlei: Erstens müssen die Vorsatzformen oder ihre Elemente eine Vorhersagekraft für das Rückfallrisiko aufweisen, um unterschiedliche spezialpräventive Bedürfnisse von Taten mit unterschiedlichen Vorsatzformen nachzuweisen. Zweitens müssen die Strafe und die resozialisierende Straftäterbehandlung mit einer ausreichenden Zuverlässigkeit wirken, d. h. sie reduziert das Rückfallrisiko regelmäßig. Sollte, drittens, dasselbe „Heilmittel“ in derselben „Dosierung“ auf alle Täter gleichmäßig wirken, dann würde es keinen Sinn ergeben, Art und Maß der Strafe oder Behandlungsmaßnahme an das Rückfallrisiko anzupassen. Damit würde auch die Idee der Spezialprävention ihren Zweck weitgehend einbüßen.

Im Folgenden wird daher der Reihe nach auf die empirischen Forschungen zur Rückfallprognose (→ Abschnitt 4.1–4.1.3), zur Relevanz der Formen sowie Elemente des Vorsatzbegriffs für die Rückfallprognose (→ Abschnitt 4.1.4) und zur Rückfallreduzierung eingegangen. Das letztgenannte Thema wird wiederum in drei Untergruppen gegliedert, nämlich die Forschungen zum Sanktionseffekt (→ Abschnitt 4.2), zum Behandlungseffekt (→ Abschnitt 4.3) und schließlich zur „Dosierung“ der Sanktionen (→ Abschnitt 4.2.4) sowie der Straftäterbehandlung (→ Abschnitt 4.3.5–4.3.6).

⁷⁵⁷ Bock, JuS 1994, 89 (93).

⁷⁵⁸ S. 297 f.

4.1. Forschung zur Rückfallprognose

In den deutschsprachigen Rechtskreisen wird bis heute über die Treffsicherheit der Rückfallprognose gestritten. Es wird im Folgenden gezeigt, dass die Rückfallprognose doch hinreichend sicher ist. Zunächst sind aber einige übliche Kritiken bzw. Missverständnisse zu nennen.

Schäfer geht seit über 25 Jahren davon aus, dass es weder Psychologie, Psychiatrie oder Soziologie gelungen ist, verlässliche Prognosen zu entwickeln⁷⁵⁹. *Bock* erklärt die „wissenschaftlichen Bemühungen der Kriminologie“ der Spezialprävention sogar für „mehr oder weniger vollständig gescheitert“ und erblickt den Grund zum Teil in der unzureichenden Treffsicherheit der Prognosen⁷⁶⁰. *Frisch* ist der Auffassung, dass wegen der „Defizite im Bereich des prognoserelevanten Erfahrungswissens“ eine Rückfallprognose nur in engen Grenzen möglich sei⁷⁶¹. Nach *Hörnle* hätten sich die „gebräuchlichen Methoden der Prognosestellung [...] als wenig tauglich erwiesen“; dies nicht zuletzt, weil bereits die Validität zugrunde liegenden Erfahrungssätze bezweifelt worden sei⁷⁶². *Volbert/Dahle* sehen die empirischen Grundlagen der quantitativen Wahrscheinlichkeitszahlen bei der Rückfallprognose als „eher schwach“ an⁷⁶³. *Neubacher* hält Kriminalprognosen für „irrtumsanfällig“⁷⁶⁴. *Streng* weist darauf hin, dass eine hinlänglich verlässliche Legalbewährungsprognose nach wie vor die „kaum bewältigbare Aufgabe [...] jedes spezialpräventiv-folgenorientierten Strafrechts darstellt“⁷⁶⁵.

Wir verschaffen uns zuerst einen Überblick über die Entwicklung der Rückfallprognose (→ Abschnitt 4.1.1). Nachdem die wissenschaftlichen Kriterien für die prädiktive Validität dargestellt werden (→ Abschnitt 4.1.2), ist auf die prädiktive Validität von gängigen Methoden zur Rückfallprognose einzugehen (→ Abschnitt 4.1.2.3 und 4.1.2.4). Über die Einwände gegen die Rückfallprognose und ihre Richtigkeit wird an angemessenen Orten diskutiert (→ Abschnitt 4.1.2.2–4.1.3). Schließlich sollte eine Verbindung zwischen der Forschung zur Rückfallprognose und der Vorsatzabstufung nach der Rückfallprognose hergestellt werden (→ Abschnitt 4.1.4).

⁷⁵⁹ *Schäfer*, in: *Jehle* (Hrsg.), Individualprävention, 1992, S. 183 (191); *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 5. Aufl. (2012), Rn. 201; *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 201.

⁷⁶⁰ *Bock*, JuS 1994, 89 (93 f.).

⁷⁶¹ *Frisch*, in: *Frisch/Vogt* (Hrsg.), Prognoseentscheidungen, 1994, S. 55 (66 f.).

⁷⁶² *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 85.

⁷⁶³ *Volbert/Dahle*, Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren, 2010, S. 92.

⁷⁶⁴ *Neubacher*, Kriminologie, 3. Aufl. (2017), S. 152 f.

⁷⁶⁵ *Streng*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 39.

4.1.1. Fünf Generationen der Prognosemethoden

In der Literatur über die Rückfallprognose spricht man von *fünf Generationen* der Risikoeinschätzung. Die *erste Generation* ist die *klinisch-idiografischen Prognose* bzw. Einzelfallbetrachtung. Dabei führt ein Experte im Bereich der forensischen Psychiatrie, Psychologie oder Medizin oder ein Praktiker im Bewährungs- und Vollzugsdienste (z. B. Bewährungshelfer) ein relativ unstrukturiertes Interview mit dem Straftäter. Er stellt Fragen nach dem Motiv, der Entwicklung, den Einstellungen oder weiteren Lebensverhältnissen des Täters. Psychologische Tests können zum Einsatz kommen. Auskünfte können aus den Verfahrensakten eingeholt werden. Abschließend trifft er eine Beurteilung über das Rückfallrisiko des Täters und über das, was bei ihm zu behandeln ist, um sein Rückfallrisiko zu reduzieren. Charakteristisch für die Prognosemethoden der ersten Generation ist, dass es eine hohe Flexibilität in Bezug auf die zu sammelnden Daten, das Verfahren des Interviews, die Maßstäbe zur Beurteilung des Rückfallrisikos und der Behandlungsbedürfnisse gibt⁷⁶⁶. Diese Flexibilität hat einerseits den Vorteil, den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Sie weist andererseits jedoch Schwächen der Subjektivität und begrenzten Standardisierbarkeit auf, die „die Transparenz der Urteilsbildung für den Rezipienten eines Gutachtens“ erheblich einschränken können⁷⁶⁷.

Seit den 1920er-Jahren werden zahlreiche Instrumente zur Rückfallprognose durch statistische Analyse von Daten der Straftäter erstellt. Sie werden auch als nomothetische oder standardisierte Prognoseinstrumente bezeichnet, weil sie nach den Gesetzen des Rückfalls suchen und die relevanten Faktoren des Rückfallrisikos nach standardisierten Vorgehensweisen erheben⁷⁶⁸. Die statistischen Instrumente lassen sich in Anbetracht des theoretischen sowie empirischen Inhaltes in zweite bis fünfte Generationen einordnen.

Den Instrumenten der *zweiten Generation* (z. B. VRAG, SORAG, PCL-R, OGRS, STATIC-99)⁷⁶⁹ fehlt weitgehend eine Theorie über den Kausalzusammenhang zwischen den Items und den Straftaten. Der Grund für die Auswahl von Risiko- oder Schutzfaktoren ist dabei lediglich die Stärke der Korrelation zwischen dem jeweiligen Faktor und den Straftaten. Diese Instrumente enthalten zudem fast ausschließlich statische oder historische Items, also die Tatsachen, die sich in der Regel nicht durch menschlichen Eingriff verändern. Das Instrument „OGRS“ etwa besteht aus folgenden Items: Geschlecht, aktuelles Alter, Alter bei Anlasstat, Alter bei erster Verurteilung, Anzahl früherer Verurteilun-

⁷⁶⁶ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 192 f.

⁷⁶⁷ Dahle/Lehmann, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), *Handbuch*, 2013, S. 347 (353 f.).

⁷⁶⁸ Volbert/Dahle, *Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren*, 2010, S. 71.

⁷⁶⁹ Zur Einordnung in die Generationen vgl. Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 193–196; Stohr/Walsh/Hemmings, *Corrections*, 2. Aufl. (2013), S. 447.

gen, Typ des Anlassdelikts⁷⁷⁰. Eine Schwäche der zweiten Generation liegt darin, dass sie keine Veränderungsprozesse abbilden kann. Beispielsweise kann ein Instrument der zweiten Generation nicht erklären, warum es das Rückfallrisiko eines 40-jährigen Mannes, der im Alter unter 16 Jahren einmal inhaftiert wurde⁷⁷¹, danach aber ein Leben ohne Straftat führt, auch heute als hochriskant bewertet. Eine andere Schwäche der zweiten Generation ist, dass es sich nicht erkennen lässt, auf welche veränderbaren Eigenschaften oder Lebensverhältnisse des Täters die Strafrechtspflege oder die soziale Arbeit auszurichten ist, um sein Rückfallrisiko effektiv zu reduzieren⁷⁷².

Von der zweiten Generation unterscheidet sich die *dritte Generation* des Prognoseinstrumentes (z. B. LSI-R, STABLE-2007) durch die Aufnahme von *dynamischen Risikofaktoren*. Diese sind potenziell veränderbar durch Lebensereignisse (z. B. das Finden eines Jobs), Behandlungen (z. B. für Alkoholabhängigkeit) oder weitere Interventionen (z. B. psychologische Beratung). Mit ihrer Veränderung erhöht bzw. vermindert sich auch das Rückfallrisiko, was durch ein bewährtes Prognoseinstrument der dritten Generation feststellbar ist. Anhand der Erkenntnisse von dynamischen Risikofaktoren lassen sich daher Pläne zur Resozialisierung individuell entwickeln und Behandlungsfortschritte überwachen⁷⁷³.

Die Prognoseinstrumente der *vierten Generation* (z. B. LS/CMI, YLS/CMI) entwickeln sich als Folge einer Verfeinerung der dritten Generation. Dabei werden Items entfernt, die sich als schwache oder gar keine Risikofaktoren erweisen. Diese Instrumente sehen aber ihre zentrale Aufgabe im Brückenschlag zwischen den Forschungsergebnissen und der Praxis. Wie es noch zu erläutern sein wird, müssen viele Prinzipien befolgt werden, um einen möglichst großen Erfolg der Straftäterbehandlung zu erzielen (→ Abschnitt 4.3.1 bis 4.3.3). Gleichwohl belegen Studien, dass diese Prinzipien in der Praxis zu oft nicht hinreichend eingehalten werden, was den Erfolg der Resozialisierung untergräbt. Durch die Integration dieser Prinzipien in die Behandlungsprotokolle wollen die Instrumente der vierten Generation das erworbene Wissen um die Straftäterbehandlung in struk-

⁷⁷⁰ Schneider-Njepel/Harwardt, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 135 (137).

⁷⁷¹ Das Item „Arrest unter 16 Jahren“ findet man bei vielen Prognoseinstrumenten, z. B. „VRAG“, „SO-RAG“ und J-SOAP-II, vgl. Rossegger/Gerth/Endrass, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 141 (145); Rossegger/Gerth/Endrass, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 159 (164); Prentky/Righthand, JSOAP-II, 2003, S. 18.

⁷⁷² Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 193–195; Andrews/Bonta, Psychology of Criminal Conduct, 5. Aufl. (2010), S. 57; Rossegger/Gerth/Endrass, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 141 (154); Rossegger/Gerth/Endrass, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 159 (170); Volbert/Dahle, Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren, 2010, S. 72.

⁷⁷³ Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 195 f.

turierter Weise nutzen und dadurch eine möglichst effiziente Resozialisierung gewährleisten⁷⁷⁴.

In den letzten zwei Jahrzehnten ist die Entwicklung der *fünften Generation* von Instrumenten zur Rückfallprognose (z. B. ACUTE-2007) zu verzeichnen. Sie führen Risikofaktoren neuer Art wie akute oder neuropsychologische Faktoren ein⁷⁷⁵. Akute Risikofaktoren sind dynamische Faktoren, die sich in sehr kurzer Zeitspanne verändern können (etwa Rausch, Arbeitsplatzverlust, emotionaler Zusammenbruch, Wegfall der sozialen Unterstützung) und dazu dienen, Rückfälle im folgenden Halbjahr oder in noch näherer Zukunft vorherzusagen und damit eine schnelle Antwort auf ein rasch steigendes Rückfallrisiko zu ermöglichen⁷⁷⁶. Die Neuropsychologie könnte den Mechanismus mancher Risikofaktoren wie niedrigerer Selbstkontrolle oder Feindseligkeit erklären und Auskunft für die Behandlung des einzelnen Täters (spezielle Ansprechbarkeit) liefern⁷⁷⁷. Die Forschung über akute und neuropsychologische Risikofaktoren befindet sich noch einer frühen Phase und kann daher der Rückfallprognose und der Straftäterbehandlung im Moment nur wenig dienen.

Schließlich gibt es Ansätze für eine gemischte Anwendung von Prognosemethoden verschiedener Generationen. *Dahle, Lehmann* und *Volbert* befürworten eine integrative Prognose von idiografischen Einzelfallanalysen und standardisierten Prognoseinstrumenten. Ihrer Meinung nach könne das standardisierte Prognoseinstrument vor der verzerrten Risikoeinschätzung, die mit der hohen Flexibilität der idiografischen Urteilsbildung einhergehen, schützen. Auf der anderen Seite könne die idiografische Analyse das Ergebnis der standardisierten Prognose korrigieren, wenn Hinweise auf Besonderheiten des zu beurteilenden Straftäters ergeben, dass sein Rückfallrisiko vom Erwartungswert seiner Risikokategorie oder -scores abweicht⁷⁷⁸.

4.1.2. Qualitätsmaß für die Prognoseinstrumente

Die Güterkriterien für Testverfahren (darunter Prognoseinstrumente) werden in *Objektivität*, *Reliabilität* und *Validität* gegliedert. *Objektiv* ist ein Test, wenn die Bewertung des Testscores möglichst nach festgelegten Richtlinien erfolgt und dadurch möglichst von

⁷⁷⁴ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 197–202; Lösel, in: Bliesener/Lösel/Köhnken (Hrsg.), *Lehrbuch*, 2014, S. 529 (538).

⁷⁷⁵ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 219.

⁷⁷⁶ Hanson/Harris/Scott u. a., *Assessing the Risk of Sexual Offenders on Community Supervision*, 2007, S. 20; Matthes/Eher, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), *Handbuch*, 2013, S. 212 (212, 217).

⁷⁷⁷ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 84 f.

⁷⁷⁸ Dahle/Lehmann, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), *Handbuch*, 2013, S. 347 (353–355); Volbert/Dahle, *Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren*, 2010, S. 92 f.

der subjektiven Beurteilung des Anwenders befreit ist. Unter der *Reliabilität* (Zuverlässigkeit) versteht man die Konsistenz, dass die Anwendung eines Tests auf dieselbe Person unter unterschiedlichen Umständen, wie etwa durch verschiedene Anwender oder zu verschiedenen Zeitpunkten, zum ähnlichen Ergebnis kommen kann, solange die zu messende Größe keine erhebliche Änderung zeigt. Schließlich weist ein Test *Validität* auf, wenn er die Phänomene, für deren Messung er konzipiert ist, tatsächlich misst⁷⁷⁹. Im vorliegenden Zusammenhang muss also ein valides Instrument zur Rückfallprognose tatsächlich die Höhe des Rückfallrisikos messen.

4.1.2.1. Area Under the Receiver Operating Characteristic Curve (AUC)

Unter den Gütekriterien für Testverfahren fokussieren sich die Studien zur Rückfallprognose hauptsächlich auf die *prädiktive Validität*. Prädiktive Validität ist die Fähigkeit eines Tests, die Personen, die in Zukunft das Zieldelikt eher wahrscheinlicher begehen werden, von denen, die es eher unwahrscheinlicher begehen werden, zu unterscheiden. Als Qualitätsmaß für die prädiktiven Validität wird in den letzten drei Jahrzehnten immer häufiger die AUROC (engl.: „Area Under the Receiver Operating Characteristic Curve“), kurz: *AUC*, eingesetzt. Eine AUC-Analyse erfolgt im Grunde wie folgt⁷⁸⁰:

1. Zunächst werden für jeden Score oder jede Risikokategorie eines Instrumentes die Quote von den richtig-positiven Prognosen („Sensitivität“) und die Quote von den richtig-negativen Prognosen („Spezifität“) ermittelt⁷⁸¹.
2. Danach werden die Punkte mit den Koordinaten von [1–Spezifität , Sensitivität] in einem Diagramm, dessen x- und y-Achsen jeweils von 0 bis 1 verlaufen, eingetragen.
3. Die Linie, die alle Punkten verbindet, ist die ROC-Kurve. Die Fläche unter der ROC-Kurve, ist die AUC.

Die AUC entspricht der Wahrscheinlichkeit, dass ein Prognoseinstrument einem zufällig ausgewählten Positiven (hier: Rückfälligen) einen höheren Risikoscore zuschreibt als einem zufällig ausgewählten Negativen (hier: Nicht-Rückfälligen). Der Wert der AUC liegt zwischen 0 und 1; je höher, desto genauer die Vorhersage. Eine AUC von 0,5 bedeu-

⁷⁷⁹ Domino/Domino, *Psychological Testing*, 2. Aufl. (2006), Chapter 3; Goodwin/Goodwin, *Research in psychology*, 8. Aufl. (2017), S. 101–103; Matthes, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), *Handbuch*, 2013, S. 55 (61); Mokros, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), *Handbuch*, 2013, S. 83 (92); Rehder/Suhling, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), *Handbuch*, 2013, S. 175 (182 f.).

⁷⁸⁰ Tang/He/Tu, in: *Applied*, 2012, S. 289 (291); Fawcett, *Pattern Recognition Letters* 27 (2006), 861 (866).

⁷⁸¹ Vgl. dazu S. 168 (Tabelle 5).

tet, dass die Prognose durch das Instrument nur so gut wie die durch einen Münzwurf ist. Ein Instrument mit einer AUC von 0,5 oder weniger hat damit für die Praxis keinen Sinn⁷⁸².

4.1.2.2. Erforderlichkeit einer zu 100 % sicheren Rückfallprognose?

Im nächsten Unterabschnitt (Tabelle 3) wird zu sehen sein, dass die prädiktive Validität vieler Instrumente zur Rückfallprognose zwischen 60 % und 80 % liegt. In der Literatur wird gelegentlich die Brauchbarkeit der statistischen Rückfallprognose deshalb abgelehnt, weil man im Einzelfall auch mithilfe einer Rückfallwahrscheinlichkeit von 60 % oder 70 % nicht genau vorhersagen könne, ob der Angeklagte zu den späteren Tätern oder zu den Nichttätern gehört⁷⁸³. Konsequenterweise würde sich diese Ansicht nur mit einem statistischen Prognoseinstrument begnügen, das eine 100 % prädiktive Validität, in anderen Worten eine AUC von 1,0, aufwiese.

Die Forderung nach einer perfekten Prognose ist zwar wünschenswert, aber in vielen Bereichen, einschließlich der Vorhersage des Verhaltens, unrealistisch⁷⁸⁴. Diese Forderung ist nicht nur unrealistisch, sondern in zweifacher Hinsicht falsch, soweit damit gemeint wäre, dass eine perfekte Prognose zum Zeitpunkt des Urteilsausspruchs deswegen nicht erstellt werden könne, weil der entscheidende Zeitpunkt, zu dem sich alle Bestimmungsfaktoren für ein Verhalten feststellen ließen, noch in der Zukunft – jedenfalls vor dem Verhalten – lägen. Dieser Meinung ist in empirisch-wissenschaftlicher Hinsicht falsch. Ihr liegt ein vollkommener Determinismus zugrunde, der mit dem heutigen Wissensstand über menschliches Verhalten unvereinbar ist. Nach dem Wissensstand wird das Verhalten auch bis zum Augenblick seines Geschehens nur probabilistisch determiniert⁷⁸⁵.

Auch auf der normativen Ebene ist die genannte Meinung unbegründet, weil das Verfassungsrecht für die Kriminalpolitik keine 100 % sichere Prognose fordert. So hat das

⁷⁸² Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 27 f.; Rossegger/Gerth/Endrass, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), *Handbuch*, 2013, S. 159 (167), bei und in Anm. 5; Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 304 f.; grundlegend Fawcett, *Pattern Recognition Letters* 27 (2006), 861 (868); Tang/He/Tu, in: *Applied*, 2012, S. 289 (295–297).

⁷⁸³ Schäfer, in: Jehle (Hrsg.), *Individualprävention*, 1992, S. 183 (194); Schäfer/Sander/van Gemmeren, *Strafzumessung*, 6. Aufl. (2017), Rn. 201; Frisch, in: Frisch/Vogt (Hrsg.), *Prognoseentscheidungen*, 1994, S. 55 (69).

⁷⁸⁴ Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 305.

⁷⁸⁵ Vgl. Dharani, *The Biology of Thought*, 2015, S. 203; Fuster, *The Prefrontal Cortex*, 5. Aufl. (2015), S. 420; Gazzaniga/Ivry/Mangun, *Cognitive Neuroscience*, 4. Aufl. (2014), S. 623–643; Gazzaniga, *Who's in charge?*, 2012, S. 105–142, 215; Fuster, *The Neuroscience of Freedom and Creativity*, 2013, S. 18–22, 56, 79, 82, 109–110, 191, 210; Kane, in: Suarez/Adams (Hrsg.), *Science with Free Will*, 2013, S. 255 (261, 265); Tononi, in: Suarez/Adams (Hrsg.), *Science with Free Will*, 2013, S. 147 (171–172, 175); Andrade, in: Braisby/Gellatly (Hrsg.), *Cognitive Psychology*, 2012, S. 577 (603); Libet, in: Sinnott-Armstrong/Nadel (Hrsg.), *Will and Responsibility*, 2011, S. 1 (7 f.).

BVerfG zutreffend darauf hingewiesen, dass die Rückfallprognose stets das Risiko der Fehlprognose in sich trage, die „im Recht aber gleichwohl unumgänglich“ sei. Die unsichere, aber wissenschaftlich bewährte Rückfallprognose bleibe als Grundlage jeder Spezialprävention unverzichtbar⁷⁸⁶.

Ein Vergleich mit der medizinischen Praxis soll den Nutzen der imperfekten Prognosen veranschaulichen. Bei der Krankheitsdiagnose wird ein Test mit einer AUC von 0,8 oder höher als äußerst aussagekräftig angesehen⁷⁸⁷. Für die Vorhersage eines Versterbens wegen Herz-Kreislauf-Erkrankung in einem durchschnittlichen Beobachtungszeitraum von 8,1 Jahren erzielen die drei meist angewendeten Prädiktoren – BMI (Körpermasseindex), Taillenumfang und Taille-Hüfte-Verhältnis – AUC-Werte von 0,868⁷⁸⁸. Die AUCs der mittlerweile besten klinischen Prognosemodelle für Lungenkrebs unter den aktuellen und ehemaligen Rauchern innerhalb eines Beobachtungszeitraums von 6 Jahren liegen bei 0,80 bis 0,87⁷⁸⁹. Diese Prognosemethoden sind keineswegs perfekt, haben aber schon einen immensen Beitrag zur Gesundheit und Lebensqualität der Menschen geleistet. Daher müssen Methoden zur Rückfallprognose mit einer entsprechenden prädiktiven Validität – es gibt, wie im vorigen Abschnitt dargelegt ist, tatsächlich solche – ebenfalls einen immensen Beitrag zur Spezialprävention leisten können und es verwundert auch nicht, dass sie es bereits getan haben⁷⁹⁰.

4.1.2.3. *Prädiktive Validität der statistischen Instrumente zur Rückfallprognose*

In der Praxis werden alle Generationen von statistischen Instrumenten zur Rückfallprognose verwendet. Tabelle 3 fasst die prädiktive Validität von denen, die am häufigsten untersucht werden, zusammen.

⁷⁸⁶ BVerfG, Urt. v. 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE, 133 (158, 164).

⁷⁸⁷ Tang/He/Tu, in: Applied, 2012, S. 289 (295).

⁷⁸⁸ Czernichow/Kengne/Stamatakis u. a., Obesity reviews : an official journal of the International Association for the Study of Obesity 12 (2011), 680 (686).

⁷⁸⁹ Markaki/Tsamardinos/Langhammer u. a., EBioMedicine 31 (2018), 36 (40).

⁷⁹⁰ Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 343 f.; Dahle/Schneider-Njepel, in: Bliesener/Lösel/Köhnken (Hrsg.), Lehrbuch, 2014, S. 422 (442 f.); Harwardt/Schneider-Njepel, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 243 (243); BVerfG, Urt. v. 5.2.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE, 133 (158); Streng, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 41.

Tabelle 3: Prädiktive Validität der statistischen Instrumente zur Rückfallprognose

Rückfall	Zielgruppe	Instrument (Generation)	Follow-up-Periode	AUC	Deutsche Stichprobe
Irgendein Delikt	alle Straftäter	LSI-R ⁷⁹¹ (G3)	2 - 10 J.; z. T. ohne Angabe	0,67 - 0,75	z. T.
	alle Straftäter	LS/CMI ⁷⁹² (G4)	1 - 4,2 J.	0,75 - 0,83	
	erwachsene Gewaltstraftäter	HCR-20 ⁷⁹³ (G3)	2 - Ø 19 J.; z. T. ohne Angabe	0,64 - 0,75	z. T.
	erwachsene sexuelle Gewaltstraftäter	SVR-20 ⁷⁹⁴ (G3)	ohne Angabe	0,70	
	erwachsene Gewaltstraftäter	SAPROF ⁷⁹⁵ (G3)	15 J.; z. T. ohne Angabe	0,59 - 0,73	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Stable-2007 ⁷⁹⁶ (G3)	ohne Angabe	0,67 - 0,72	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Static-99 + Stable-2007 ⁷⁹⁶ (G2+G3)	ohne Angabe	0,70 - 0,71	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Acute-2007 ⁷⁹⁷ (G5)	ohne Angabe	0,65 - 0,66	
	jugendliche Straftäter	SAVRY ⁷⁹⁸ (G3)	12 M.	0,69 - 0,74	
	jugendliche Straftäter	YLS/CMI ⁷⁹⁹ (G4)	ohne Angabe	0,62 - 0,75	z. T.
	jugendliche männliche Sexualstraftäter	J-SOAP-II ⁸⁰⁰ (G3)	ohne Angabe	0,76	
	jugendliche Sexualstraftäter	ERASOR ⁸⁰¹ (G3)	Ø 47 - 80 M.	0,62 - 0,67	z. T.
	psychisch kranke oder gestörte Straftäter	ILRV ⁸⁰² (G3)	Ø 58,6 M.	0,61	Ja
Sexualdelikt	erwachsene Straftäter	PCL-R ⁸⁰³ (G2)	Ø 5,9 - 10 J.	0,61 - 0,69	z. T.
	Sexualstraftäter	SORAG ⁸⁰⁴ (G2)	Ø 3 - 11,4 J.	0,64 - 0,77	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Static-99 ⁸⁰⁵ (G2)	5 - 5,5 J.; z. T. ohne Angabe	0,62 - 0,74	z. T.

⁷⁹¹ Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 195; Dahle/Harwardt/Schneider-Njepel, LSI-R: MANUAL, 2012, S. 69, Tabelle 5.7; Harwardt/Schneider-Njepel, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 243 (250), Tabelle 3.

⁷⁹² Andrews/Guzzo/Raynor u. a., International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 56 (2012), 113 (122, 126).

⁸⁰⁴ Rossegger/Gerth/Endrass, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 159 (168).

⁸⁰³ Mokros, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 83 (95).

⁸⁰² Yundina/Tippelt/Nedopil, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 311 (316).

⁸⁰¹ Quenzer, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 47 (51).

⁸⁰⁰ Martinez/Flores/Rosenfeld, Criminal Justice and Behavior 34 (2016), 1284 (1291).

⁷⁹⁹ Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 210; Matthes, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 55 (63).

⁷⁹⁸ Klein/Rettenberger, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 66 (74).

⁷⁹⁷ Matthes/Eher, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 212 (217).

⁷⁹⁶ Hanson/Helmus/Harris, Criminal Justice and Behavior 42 (2015), 1205 (1213); Matthes/Eher, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 202 (208 f.).

⁷⁹⁵ Yoon/Klein/Briken, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 301 (306 f.).

⁷⁹⁴ Habermann/Franqué, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 273 (284).

⁷⁹³ Franqué, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 256 (267 f.).

Rückfall	Zielgruppe	Instrument (Generation)	Follow-up- Periode	AUC	Deutsche Stichprobe
	darunter: - Kindesmissbrauchs- täter			0,65 - 0,77	
	- Vergewaltiger			0,69 - 0,71	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Stable-2007 ⁷⁹⁶ (G3)	ohne Angabe	0,67 - 0,71	
	darunter: - Kindesmissbrauchs- täter			0,77	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Static-99 + Stable-2007 ⁷⁹⁶ (G2+G3)	ohne Angabe	0,73 - 0,86	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Acute-2007 ⁷⁹⁷ (G5)	ohne Angabe	0,72 - 0,74	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	RRS ⁸⁰⁶ (G3)	ohne Angabe	0,73	Ja
	erwachsene Gewaltstraftäter	SAPROF ⁷⁹⁵ (G3)	15 J.	0,69	
	jugendliche Sexualstraftäter	ERASOR ⁸⁰¹ (G3)	Ø 47 M.	0,71	
	jugendliche männliche Sexualstraftäter	J-SOAP-II ⁸⁰⁰ (G3)	ohne Angabe	0,78	
	erwachsene sexuelle Gewaltstraftäter	SVR-20 ⁷⁹⁴ (G3)	ohne Angabe	0,71 - 0,72	z. T.
Gewaltdelikt	alle Straftäter	LSI-R ⁸⁰⁷ (G3)	ohne Angabe	0,64- 0,67	
	alle Straftäter	LS/CMI ⁸⁰⁸ (G4)	ohne Angabe	0,75	
	erwachsene Straftäter	PCL-R ⁸⁰³ (G2)	Ø 3,1 - 10 J.	0,64 - 0,84	z. T.
	erwachsene Gewaltstraftäter	HCR-20 ⁷⁹³ (G3)	ohne Angabe	0,67 - 0,79	z. T.
	erwachsene Gewaltstraftäter	SAPROF ⁷⁹⁵ (G3)	1 - 3 J.	0,68 - 0,81	
	erwachsene sexuelle Gewaltstraftäter	SVR-20 ⁸⁰⁹ (G3)	Ø 9 J.	0,68	Ja
	erwachsene Straftäter von Sexual- oder Gewaltdelikten (einschl. häuslicher Gewalt) oder Brandstiftung	VRAG ⁸¹⁰ (G2)	6 M. - 10 J.	0,70 - 0,86	z. T.
	jugendliche Straftäter	YLS/CMI ⁸¹¹ (G4)	ohne Angabe	0,65	

⁸⁰⁵ Hanson/Helmus/Harris, Criminal Justice and Behavior 42 (2015), 1205 (1213); Eher/Rettenberger, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 189 (196 f.).

⁸¹⁰ Rossegger/Urbaniok/Danielsson u. a., Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie 77 (2009), 577 (577–579).

⁸⁰⁹ Stadtland/Hollweg/Kleindienst u. a., Der Nervenarzt 77 (2006), 587 (591).

⁸⁰⁸ Bonta/Andrews, a.a.O., S. 215.

⁸⁰⁷ Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 195, 215, Table 10.5.

⁸⁰⁶ Rehder/Suhling, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 175 (184).

⁸¹¹ Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 210.

Rückfall	Zielgruppe	Instrument (Generation)	Follow-up-Periode	AUC	Deutsche Stichprobe
	jugendliche Straftäter	SAVRY ⁷⁹⁸ (G3)	6 - 36 M.	0,64 - 0,86	
	Sexualstraftäter	SORAG ⁸⁰⁴ (G2)	Ø 3 - 11,4 J.	0,67 - 0,82	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Static-99 ⁸⁰⁵ (G2)	5 - 5,5 J., z. T. ohne Angabe	0,69 - 0,76	z. T.
	darunter:				
	- Kindesmissbrauchs-täter			0,71 - 0,94	
	- Vergewaltiger			0,69	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Stable-2007 ⁷⁹⁶ (G3)	ohne Angabe	0,67	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Static-99 + Stable-2007 ⁷⁹⁶ (G2+G3)	ohne Angabe	0,69 - 0,70	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	Acute-2007 ⁷⁹⁷ (G5)	ohne Angabe	0,69 - 0,70	
	erwachsene männliche Sexualstraftäter	RRS ⁸⁰⁶ (G3)	Ø 8 J.	0,73	Ja
	jugendliche Sexualstraftäter	ERASOR ⁸⁰¹ (G3)	Ø 47 M.	0,63	
	jugendliche männliche Sexualstraftäter	J-SOAP-II ⁸⁰⁰ (G3)	Ø 1 J.	0,66	
	psychisch kranke oder gestörte Straftäter	ILRV ⁸⁰² (G3)	Ø 58,6 M.	0,69	Ja
Sexuelle Gewalt	erwachsene Gewaltstraftäter	SAPROF ⁷⁹⁵ (G3)	ohne Angabe	0,61	
	erwachsene sexuelle Gewaltstraftäter	SVR-20 ⁸¹² (G3)	ohne Angabe	0,61	z. T.
Häusliche Gewalt	männliche häusliche Gewalttäter	ODARA ⁸¹³ (G2)	ohne Angabe	0,64 - 0,77	
	männliche häusliche Gewalttäter	SARA ⁸¹⁴ (G3)	ohne Angabe	0,64 - 0,83	z. T.
Gravierendes Gewaltdelikt	Patienten im Maßregelvollzug nach § 63 StGB	EFP-63 ⁸¹⁵ (G3)	2 - 11 J.	0,77 - 0,81	Ja
Trunkenheit am Steuer	Straftäter einer Trunkenheit am Steuer	DRI ⁸¹⁶ (G3)	bis 730 T.	0,56 - 0,62	
Substanzmissbrauch	Jugendliche	SURPS ⁸¹⁷ (G3)	18 M.	0,57 - 0,66	

⁸¹² Habermann/Franqué, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 273 (273 f.).

⁸¹³ Rettenberger/Eher, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 233 (238 f.).

⁸¹⁴ Rettenberger/Eher, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 289 (289, 298).

⁸¹⁵ Gretenkord, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 220 (222).

⁸¹⁶ Bishop, Drug and Alcohol Dependence 118 (2011), 423 (427).

⁸¹⁷ Castellanos-Ryan/O'Leary-Barrett/Sully u. a., Alcoholism: Clinical and Experimental Research 37 (2013), E281-E290 (E286-E287).

Gemäß einem allgemeinen Standard wird im Bereich der Kriminalprognose eine $AUC < 0,64$ als gering, eine $AUC \geq 0,64$ als moderat und eine $AUC \geq 0,71$ als hoch angesehen⁸¹⁸. Danach geht aus Tabelle 3 heraus, dass die meisten aufgelisteten Instrumente, zu welcher Generation sie auch immer gehören, eine moderate bis hohe prädiktive Validität aufweisen. Das gilt nicht nur für den allgemeinen Rückfall, sondern auch für die aufsehererregenden Delikte, z. B. Gewalt- und Sexualdelikte. Neuerdings gibt es Anzeichen dafür, dass dieselben Forschungsmethoden und Risikofaktoren auch bei Rückfallprognosen für Terror-Straftaten Anwendung finden können⁸¹⁹. Das Alter und Geschlecht des Täters machen bei vielen Instrumenten keinen Unterschied⁸²⁰. Tabelle 3 zeigt zudem, dass viele Instrumente an deutschen Stichproben getestet wurden.

Aus den statistischen Instrumenten ergeben sich acht wesentlichen Risikobereiche (engl.: „the Central Eight“) für den Rückfall⁸²¹. Alle, außer der kriminellen Vorgeschichte, sind dynamische Faktoren⁸²²: (1) Kriminelle Vorgeschichte; (2) Kriminogene Einstellungen; (3) Kriminelle Freundschaften/Bekanntschaften; (4) Antisoziale Persönlichkeitsmerkmale/Verhaltensweise; (5) Fehlende Unterstützung in der Familie/Partnerschaft; (6) Mangelnde Integration und Leistung in der Schule/am Arbeitsplatz; (7) Substanzmissbrauch; (8) Fehlende Teilnahme an protektiven Aktivitäten in der Freizeit. Diese Prädiktoren sind kein reines Resultat des statistischen Verfahrens; sie werden auch durch kriminologische Theorien gut erklärt sowie unterstützt.

4.1.2.4. Prädiktive Validität der klinisch-idiografischen und intuitiven Prognose

Den statistischen Prognoseinstrumenten wird teilweise vorgeworfen, den rechtlichen Ansprüchen an den Individualisierungsgrad von Kriminalprognosen im Strafrecht nicht zu genügen⁸²³. Nicht selten wird folglich die Instrumente der ersten Generation – klinisch-idiografische oder intuitive Prognose – als Ergänzung oder gar als Ersatz für die statistischen Instrumente vorgeschlagen.

⁸¹⁸ Rice/Harris, *Law and Human Behavior* 29 (2005), 615 (616); Eher/Rettenberger, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), *Handbuch*, 2013, S. 189 (192).

⁸¹⁹ Hasisi/Carmel/Weisburd u. a., *Journal of Quantitative Criminology* 126 (2019), 1520.

⁸²⁰ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 209–213; Matthes, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), *Handbuch*, 2013, S. 55 (58); Andrews, Donald A./Bonta, James/Wormith, J. Stephen, *Level of Service/Case Management Inventory (LS/CMI™)*, Supplement: A Gender-Informed Risk/Need/Responsivity Assessment, 2008, S. 2 f., unter: <http://downloads.mhs.com> (abgerufen am 07.10.2013).

⁸²¹ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 44–48, 17; Akers/Jennings, in: Piquero (Hrsg.), *Handbook*, 2016, S. 230 (232–235).

⁸²² Zum Begriff der dynamischen Risikofaktoren, S. 153.

⁸²³ Volbert/Dahle, *Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren*, 2010, S. 75, 72; Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 85.

Bock etwa hält eine Rechtsfolgeentscheidung aufgrund der bloßen Zugehörigkeit zu Risikogruppen für „rechtsstaatlich nicht vertretbar“⁸²⁴. Stattdessen vertritt er die von Göppinger erfundene „Methode der idealtypisch-vergleichenden Einzelfallanalyse (MIVEA)“⁸²⁵. Schäfer/Sander/van Gemmeren verweisen darauf, die Prognoseinstrumente könnten „allenfalls generelle Wahrscheinlichkeiten anbieten“, von denen der konkrete Einzelfall abweichen könne, den das Gericht aber entscheiden müsse. Daher könne die auf der Erfahrung des Richters beruhende intuitive Prognose nicht durch statistische Instrumente ersetzt werden⁸²⁶. Angesichts dessen, dass sowohl statistische als auch idiografische Methoden Stärken und Schwächen aufweisen, befürworten Dahle/Lehmann eine Integration der beiden Methoden in der Praxis, wobei die statistische Prognose als anfängliche Grundlage dienen soll. Die idiografische Einzelfallbeurteilung habe dann ein höheres Gewicht, wenn sie überzeugende Argumente für eine abweichende Prognose liefern könne⁸²⁷.

Gegen diese alternativen Methoden werden aber Bedenken wegen Subjektivität sowie fehlender Struktur geäußert⁸²⁸. Selbst Dahle, Lehmann und Volbert, die den Vorteil der Einzelfallbeurteilung hervorheben und sich ständig ihrer Verbesserung widmen, sagen: „Eine fundamentale methodenimmanente Limitierung der idiografischen Methodik besteht indes darin, dass sie für sich genommen keine hinreichende Rechtfertigung für die Einschätzung der Größenordnung der Wahrscheinlichkeitsverhältnisse zukünftiger Ereignisse bietet“⁸²⁹.

Die einschlägigen Vergleichsstudien bestätigen weitgehend diese Bedenken: In den meisten Studien betragen die AUCs der idiografischen oder intuitiven Beurteilung für den allgemeinen Rückfall nur 0,50 bis 0,56, für den gewalttätigen Rückfall 0,55 bis 0,67 und für den sexuellen Rückfall 0,56 – Werte, die nicht viel besser als ein Münzwurf sind⁸³⁰. Nur wenige Studien kamen zu dem Ergebnis, dass die Validität der idiografischen Pro-

⁸²⁴ Bock, JuS 1994, 89 (94) Fn. 33.

⁸²⁵ Bock, Kriminologie, 4. Aufl. (2013), S. 133–141; Göppinger/Bock (Hrsg.), Kriminologie, 6. Aufl. (2008), S. §§ 15–22; zur Kritik an MIVEA s. Quensel, Stephan, Rezension zu: Hans Göppinger, Michael Bock (Hrsg.): Kriminologie. Verlag C.H. Beck (München). 6. Auflage, 2008, 2008, unter: <https://www.socialnet.de> (abgerufen am 28.05.2019).

⁸²⁶ Schäfer/Sander/van Gemmeren, Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 201; Schäfer, in: Jehle (Hrsg.), Individualprävention, 1992, S. 183 (194). In diesem Sinn Frisch, in: Frisch/Vogt (Hrsg.), Prognoseentscheidungen, 1994, S. 55 (69,73).

⁸²⁷ Dahle/Lehmann, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 347 (354–356); Volbert/Dahle, Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren, 2010, S. 92 f.

⁸²⁸ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 85 f.; Bock, JuS 1994, 89 (94) bei und in Fn. 34.

⁸²⁹ Dahle/Lehmann, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 347 (354).

⁸³⁰ Andrews/Bonta, Psychology of Criminal Conduct, 5. Aufl. (2010), S. 312 f.; Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 192 f.

gnose so hohe Gütwerte wie die besten standardisierten Instrumente aufweisen⁸³¹.

Trotzdem kann es Fälle geben, wo der Experte oder das Gericht starkes Vertrauen in eigene Erfahrung hat und ein Rückfallrisiko abweichend vom statistischen Instrument einschätzen will. Dabei ist zunächst ein Blick auf das Manual und die relevanten Studien zu werfen. Einige Instrumente (z. B. LSI-R und LS/CMI) erlauben unter Umständen solche Abweichung. Dabei sollen aber überzeugende Argumente für eine Abweichung vom Testergebnis dokumentiert werden, um eine nachträgliche Überprüfung zu ermöglichen⁸³². Bei einigen Instrumenten (z. B. Static-99 zur Erfassung des sexuellen Rückfallrisikos) zeigen aber Studien bereits, dass die Anpassung des Testergebnisses nach klinischer Erfahrung zur deutlichen Verschlechterung der Prognoseleistung führt; in solchen Fällen wird von einer klinischen Anpassung explizit abgeraten⁸³³.

4.1.3. Einwände gegen die Rückfallprognose

Mit den bisherigen Erkenntnissen lässt sich auch weitere Kritik an der statistischen Rückfallprognose zurückweisen. Als Erstes kann der Kritikpunkt, dass eine hinlänglich verlässliche Rückfallprognose nach wie vor eine kaum bewältigbare Aufgabe sei, zurückgewiesen werden⁸³⁴. Nicht haltbar sind zweitens die Vorwürfe von „Überalterung des zugrunde liegenden Datenmaterials“, „Einbeziehung vielfach oberflächlicher Prädiktoren“ und die fehlende „Berücksichtigung der neueren Persönlichkeitsentwicklung sowie der erkennbaren Besonderheiten des künftigen sozialen Umfelds⁸³⁵“. Dies gilt umso mehr, je eher man sich die Forschungsergebnisse über die dynamischen Risikofaktoren vor Augen führt⁸³⁶. Mit der Anhäufung von deutschen Studien wird das dritte Bedenke, dass die statistischen Instrumente nicht für die Straftäter hierzulande gelten könnten, weil diese Instrumente in anderen Ländern entwickelt und geforscht werden⁸³⁷, allmählich zerstreut.

⁸³¹ Dahle/Lehmann, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 347 (353). Die dort angegebenen Korrelationen von 0,58 und 0,53 entsprechen jeweils die AUC-Werte von ca. 0,84 und 0,81; vgl. die Umrechnung bei Rice/Harris, *Law and Human Behavior* 29 (2005), 615 (616).

⁸³² Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 52; *Multi-Health Systems Inc.*, LS/CMI Manual, 2012, S. 51, unter: <http://www.doc.state.mn.us> (abgerufen am 13.01.2017); Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 183; Dahle/Lehmann, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 347 (356).

⁸³³ Hanson/Helmus/Harris, *Criminal Justice and Behavior* 42 (2015), 1205 (1214); Hanson/Morton-Bourgon, *Psychological Assessment* 21 (2009), 1 (9); Matthes/Eher, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 202 (206).

⁸³⁴ S. 151.

⁸³⁵ Streng, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 39.

⁸³⁶ Zu den Generationen der Prognoseinstrumente S. 152-154.

⁸³⁷ Frisch, in: Frisch/Vogt (Hrsg.), *Prognoseentscheidungen*, 1994, S. 55 (69).

Die vierte Kritik zugleich eine Anforderung, es sei zu gewährleisten, dass „die Rückfallfaktoren nicht spezifisch für die jeweils untersuchte Gruppe sind“⁸³⁸, betrifft im Kern die Frage der externen Validität und lässt sich nicht leicht erfüllen. Denn es ist das Wesen der empirischen Wissenschaft, dass das Studienergebnis nur direkt für die untersuchte Stichprobe und ihre Grundgesamtheit A gilt, soweit die Stichprobe für A repräsentativ ist. Will man die Schlussfolgerung auf eine andere Grundgesamtheit B ausweiten, so bedarf es der Kenntnisse aus – für die jeweilige Studie – externen Quellen (anderen Studien, Erfahrungswissen oder Theorien), um anzunehmen, dass A und B in den relevanten Aspekten als gleich oder vergleichbar angesehen werden können und deswegen die Schlussfolgerung für A auch für B Anwendung finden darf⁸³⁹. Angesichts der Menge und Vielfalt der Prognoseforschung kann man allerdings von einer quasi allgemeinen Gültigkeit der acht wesentlichen Risikofaktoren sprechen⁸⁴⁰.

Darüber hinaus hat die Kritik an der Treffsicherheit der Rückfallprognose andere Variationen, etwa das „Mittelfeldproblem“ (→ Abschnitt 4.1.3.1) oder dass es zu viele „falsch-positive“ Prognosen gebe (→ Abschnitt 4.1.3.2). Methodologisch wird eingewendet, dass sich die Rückfallprognose auf „zirkuläre Begründungsstruktur“ stütze (→ Abschnitt 4.1.3.3). Schließlich befürchtet man, dass die Rückfallprognose zu viel Zeit in Anspruch nehmen könne, was der Praxis unzumutbar sei (→ Abschnitt 4.1.3.4). Ob diese Einwände stimmen, wird gleich geprüft.

4.1.3.1. Das „Mittelfeldproblem“

Eine Ausprägung des Vorwurfs der mangelnden Individualisierung der Prognose stellt das sog. „Mittelfeldproblem“ dar. Demzufolge seien die prädiktive Validität der statistischen Prognoseinstrumente deshalb „unzureichend“ und „praktisch unbrauchbar“, weil sie sich lediglich „im Bereich der eindeutig ‚guten‘ und eindeutig ‚schlechten‘ Prognosen bewährten, [...], nicht dagegen im breiten Mittelfeld der unsicheren Prognosen (auf die es jedoch gerade ankommt)“⁸⁴¹. „Nach *Volbert/Dahle* liege das an den „methodenimmanenten Begrenzungen.“ „So neigen die Summenscores all dieser Instrumente dazu, bei häufiger Anwendung die Form einer Normalverteilung anzunehmen. Dies bedeutet, dass überproportional viele Probanden in den Bereich mittlerer Summenwerte nahe dem Mittelwert

⁸³⁸ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 85.

⁸³⁹ Goodwin/Goodwin, *Research in psychology*, 8. Aufl. (2017), S. 160; Levine/Parkinson, *Experimental Methods in Psychology*, 2014, S. 83–85.

⁸⁴⁰ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 222; dazu bei und in Fn. 818 bis 4.

⁸⁴¹ Bock, JuS 1994, 89 (94), Anm. 31; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 85.

eingeordnet werden⁸⁴².“

Dieser Einwand beruht aber auf Missverständnissen über die statistische Methode. Um diese Missverständnisse zu beseitigen, muss man zwischen der Verteilung von Testscores der einzelnen Probanden und der Verteilung vom Durchschnittswert dieser einzelnen Testscores differenzieren. Das Wort „Summenscores“ in der Kritik von *Volbert/Dahle* meint die Testscores der einzelnen Probanden. Diese neigen dazu, die Verteilungsform der Testscores der Grundgesamtheit anzunehmen, soweit die Stichprobe repräsentativ ist. Nur wenn die Testscores der Grundgesamtheit normalverteilt ist, nehmen die Testscores der Probanden auch eine Normalverteilung an.

Aus jeder Stichprobe ergibt sich ein durchschnittlicher Testscore für ihre Probanden. Was nach dem „zentralen Grenzwertsatz“ die Form einer Normalverteilung annimmt, sind die einzelnen Durchschnittswerte der Stichproben, vorausgesetzt, dass jede Stichprobe hinreichend groß ist⁸⁴³. Der Durchschnittswert einer Stichprobe spielt für die Prognose für den einzelnen Täter jedoch keine Rolle, da die Rückfallwahrscheinlichkeit für jeden Score oder zumindest für jede Risikokategorie, die aus mehreren Scores besteht (z. B. „0 bis 13 Punkte gelten beim Instrument LSI-R als ein niedriges Risiko⁸⁴⁴“), berechnet wird⁸⁴⁵. Für jeden Score oder jede Risikokategorie ergibt sich aus jeder Stichprobe eine Einschätzung der Rückfallwahrscheinlichkeit; diese Einschätzungen sind nach dem zentralen Grenzwertsatz ebenfalls normalverteilt. Dabei stellt die Tatsache, überproportionale Einschätzungen in den Bereich nahe dem Mittelwert der Grundgesamtheit eingeordnet zu werden, *keine Schwäche, sondern eine Stärke* der statistischen Instrumente dar. Denn dies bedeutet, dass bei häufiger Anwendung, d. h., mit ausreichend vielen oder großen Stichproben, die Rückfallwahrscheinlichkeit für *jeden* Score oder *jede* Risikokategorie, also nicht nur für die „eindeutig ‚guten‘ und eindeutig ‚schlechten‘“ Probanden, ausreichend annähernd eingeschätzt werden kann⁸⁴⁶, soweit es um ein valides Instrument umgeht.

⁸⁴² *Volbert/Dahle*, Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren, 2010, S. 73, 107–108.

⁸⁴³ *Wooldridge*, Introductory Econometrics, 5. Aufl. (2013), S. 767; *Moore/McCabe/Craig*, Introduction to the Practice of Statistics, 7. Aufl. (2012), S. 299.

⁸⁴⁴ Vgl. *Dahle/Harwardt/Schneider-Njepel*, LSI-R: MANUAL, 2012, S. 72; *Andrews/Bonta*, LSI-R, 2000.

⁸⁴⁵ Bspw. beim Prognoseinstrument „VRAG“ (*Rossegger/Urbanik/Danielsson u. a.*, Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie 77 (2009), 577 (581), Tab. 2), „SORAG“ (*Rossegger/Gerth/Endrass*, in: *Rettenberger/Franqué* (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 159 (165), Tabelle 5; *Rossegger/Gerth/Urbanik u. a.*, Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie 78 (2010), 658 (664), Tab. 4) und „LSI-R“ (*Dahle/Harwardt/Schneider-Njepel*, LSI-R: MANUAL, 2012, S. 73, Tabelle 6.2; *Harwardt/Schneider-Njepel*, in: *Rettenberger/Franqué* (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 243 (252), Tabelle 4).

⁸⁴⁶ *Wooldridge*, Introductory Econometrics, 5. Aufl. (2013), S. 767; *Moore/McCabe/Craig*, Introduction to the Practice of Statistics, 7. Aufl. (2012), S. 340 f.

Entsprechendes gilt, wenn man die Effektstärken verschiedener Risiko- sowie Schutzfaktoren im Rahmen der Regressionsanalyse miteinander vergleicht. Obwohl der gewöhnlichen Kleinst-Quadrate-Methode (engl.: „Ordinary Least Squares; OLS“) gewiss eine Normalverteilung zugrunde liegt, kommen bei derartigen Vergleichen vielmehr weitere Regressionsmodelle (z. B. Cox-Regression und logistische Regression bei der „Survival Analysis“⁸⁴⁷; Poisson-Regression für Häufigkeitsdaten⁸⁴⁸) zum Einsatz, die auf anderen Wahrscheinlichkeitsverteilungen als Normalverteilungen basieren. Am statistischen Mechanismus ändert dies aber nichts. Stehen für das jeweilige Modell hinreichende Stichproben zur Verfügung, kann das Verhältnis der Risikohöhen zwischen je zwei Faktoren oder je zwei Ausprägungen von ihnen, also nicht nur zwischen den „eindeutig ‚guten‘ und eindeutig ‚schlechten‘“ Ausprägungen bzw. Faktoren, hinreichend präzise ermittelt werden, solange es sich um ein valides Instrument und ein bewährtes Studiendesign handelt.

4.1.3.2. Das „Problem vom Falsch-Positiven“ (die „Basisratenproblematik“)

Darüber hinaus wird der prädiktiven Validität der statistischen Prognoseinstrumente teilweise entgegengehalten, dass es zu viele „falsch-positive“ Prognosen geben könne. Im Bereich der Verhaltensprognose und Signaldetektion unterscheidet man zwischen dem „Falsch-Negativen“ und dem „Falsch-Positiven.“ Für die Kriminalprognose bedeutet eine falsch-negative Prognose, dass der Täter für ungefährlich gehalten wurde, aber schließlich erneut eine Straftat begeht. Eine falsch-positive Prognose liegt dagegen vor, wenn der Straftäter für gefährlich gehalten wurde, aber keine neue Tat begeht.

Die Kritiker der Rückfallprognose legen den Schwerpunkt oft auf das „Falsch-Positive“, da es zur unnötigen Einbuße an Freiheit führen könne. Nach *Neubacher* zeige sich das Problem vom Negativ-Positiven besonders ernsthaft bei den seltenen Ereignissen bzw. einer geringen „Basisrate“⁸⁴⁹, etwa beim Rückfall mit Sexualdelikt oder gravierendem Gewaltdelikt, weil dabei die Rückfallwahrscheinlichkeit – mathematisch bedingt – „systematisch überschätzt wird“⁸⁵⁰ und folglich „viel mehr irrtümliche Schlechtprognosen gestellt werden, als man lange angenommen hatte.“⁸⁵¹ *Bock* hat ein Beispiel für die Basisratenproblematik⁸⁵² angeführt:

⁸⁴⁷ *Hosmer/Lemeshow/May*, Applied Survival Analysis, 2. Aufl. (2008), S. 67, 244; *Killias/Kuhn/Aebi*, Grundriss der Kriminologie, 2. Aufl. (2011), Rn. 1106: „Angemessen ist für derartige Daten eine *Survival Analysis* [Hervorhebung im Original].“

⁸⁴⁸ *Hilbe*, Modeling Count Data, 2014, S. 9–12.

⁸⁴⁹ *Neubacher*, Kriminologie, 3. Aufl. (2017), S. 152.

⁸⁵⁰ *Völbert/Dahle*, Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren, 2010, S. 74.

⁸⁵¹ *Bock*, JuS 1994, 89 (94), Anm. 31.

⁸⁵² Zur früheren Formulierung der falsch-positiven Problematik und zu weiteren Beispielen im Bereich der Psychologie vgl. *Elwood*, Clinical Psychology Review 13 (1993), 409 (411–413).

Sei das Verhältnis vom Delinquenten und Nichtdelinquenten 5 : 95 [im Original irrtümlich als „5 : 100“] in der Grundgesamtheit, d. h. eine Basisrate von 5 %, und „prognostiziert man nun mit einer Trefferquote von 90 % Kriminalität [...] von 1000 Jugendlichen, so erkennt man zwar von den 50 (5 % von 1000) Delinquenten zutreffend 90 % = 45, von den 950 Nichtdelinquenten klassifiziert man aber 10 % oder 95 Jugendliche irrtümlich als Delinquente (sogenannte ‚false positives‘). Trotz einer Trefferquote von 90 % ist als wegen der geringen Basisrate die Zahl der Fehlprognosen über doppelt so hoch wie Zahl der zutreffenden Prognosen⁸⁵³.“

In diesem Beispiel treffen weniger als ein Drittel ($32 \% = 45/[45+95]$) der positiven Prognosen zu. Mehr als zwei Drittel ($68 \% = 95/[45+95]$) der als gefährlich eingestuften Straftäter müssten eine unnötige Freiheitsstrafe verbüßen, sollte die Rückfallprognose maßgeblich für Strafzumessung und -vollzug sein – was sicherlich ein großes Problem für die praktische Bedeutung der Rückfallprognose darstellt.

Das Beispiel *Bocks* verfehlt aber insofern das Ziel, als er dieselbe Trefferquote (hier: 90 %) auf sowohl die Delinquenten als auch die Nichtdelinquenten angewendet hat. Im Bereich der Verhaltensprognose und Signaldetektion werden die richtigen Prognosen (Fachbegriff: „Korrektklassifikation“) in zwei Teilen zerlegt (vgl. Tabelle 4 und Tabelle 5). Den Anteil der richtig als positiv klassifizierten Personen am gesamten Positiven bezeichnet man als „Sensitivität“ oder „Trefferquote“ (engl.: „sensitivity“, „hit rate“ or „true positive rate“); der Anteil der richtig als negativ klassifizierten Personen am gesamten Negativen als „Spezifität“ oder „Richtig-negativ-Rate“ (engl.: „specificity“ or „true negative rate“). Die Sensitivität und die Spezifität können unterschiedlich ausfallen⁸⁵⁴. Ein 45-zu-95-Verhältnis der richtig zu falsch positiven Prognosen im Falle einer Basisrate von 5 % in der Grundgesamtheit und einer gesamten Korrektklassifikationsrate von 90 % unter 1.000 Probanden ist daher nicht zwangsläufig so, wie das Beispiel *Bocks* vorgibt. Es kann unter denselben Bedingungen maximal ein 50-zu-100-Verhältnis und minimal ein 0-zu-50-Verhältnis sein.

Die Kritiker haben dennoch mit Recht darauf hingewiesen, das Problem vom Negativ-Positiven sei bei den seltenen Ereignissen besonders ernsthaft und der Grund dafür liege in der mathematischen Formel⁸⁵⁵. Dies lässt sich an Tabelle 4 bis Tabelle 6 verdeutlichen:

⁸⁵³ Bock, JuS 1994, 89 (94), Anm. 31.

⁸⁵⁴ Fawcett, Pattern Recognition Letters 27 (2006), 861 (862).

⁸⁵⁵ Vgl. Fn. 832 bis 851.

Tabelle 4: Vier Ausgänge der Prognose

		Resultate	
		Positiv	Negativ
Prognosen	Positiv	<i>Richtig-Positives (RP)</i>	<i>Falsch-Positives (FP)</i>
	Negativ	<i>Falsch-Negatives (FN)</i>	<i>Richtig-Negatives (RN)</i>
Summe		<i>P</i>	<i>N</i>

Aus Tabelle 4 lassen sich konditionale Wahrscheinlichkeiten berechnen, indem die Zellen der positiven Resultate durch P geteilt wird und die Zellen der negativen Resultate durch N. So ergibt sich Tabelle 5:

Tabelle 5: Konditionellen Wahrscheinlichkeiten der Klassifikation

		Resultate	
		Positiv	Negativ
Prognosen	Positiv	<i>Sensitivität = RP / P</i>	<i>FP Rate = FP / N = $1 - \text{Spezifität}$</i>
	Negativ	<i>FN Rate = FN / P</i>	<i>Spezifität = RN / N</i>
Summe		<i>$I = (RP + FN) / P$</i>	<i>$I = (FP + RN) / N$</i>

Will man nun, wie beim Beispiel *Bocks*, die Beziehung vom Falsch-Positiven zum Richtig-Positiven in einer repräsentativen Stichprobe oder in der Grundgesamtheit ermitteln, so muss man die Basisrate (*p*) mit einbeziehen. Dafür sorgt Tabelle 6:

Tabelle 6: Anteile von Ausgängen der Prognose an der Grundgesamtheit

		Resultate	
		Positiv	Negativ
Prognose	Positiv	<i>$p \times \text{Sensitivität}$</i>	<i>$(1 - p) \times (1 - \text{Spezifität})$</i>
	Negativ	<i>$p \times \text{FN Rate}$</i>	<i>$(1 - p) \times \text{Spezifität}$</i>
Anteil an der Grundgesamtheit		<i>$\text{Basisrate} = p = P / (P + N)$</i>	<i>$n = N / (P + N) = 1 - p$</i>

Anhand von Tabelle 6 lassen sich das Verhältnis vom Richtig-Positiven zum gesamten Positiven (engl.: „positive predictive power or value“; kurz: PPP or PPV) und das Verhältnis vom Falsch-Positiven zum gesamten Positiven (engl.: „negative predictive power or value“; kurz: NPP or NPV) wie folgt darstellen:

$$1 - PPP = NPP = \frac{(1 - p)(1 - \text{Spezifität})}{p \times \text{Sensitivität} + (1 - p)(1 - \text{Spezifität})}$$

Bocks Beispiel von „über doppelt so vielen Falsch-Positiven und unnötiger Freiheitsstrafe“ basiert auf einem NPP von ca. 68 %, wobei er fälschlich davon ausgeht, dass Sensitivität und Spezifität auf gleicher Höhe bleiben müssten. Die Kritik, es gebe bei niedriger Basisrate ein Problem vom Falsch-Positiven, hat recht, weil NPP mathematisch mit der Senkung der Basisrate (p) steigt, wenn alle anderen Variablen konstant bleiben. Diese Kritik ist allerdings verfehlt, wenn sie die Basisratenproblematik für unlösbar hält oder nicht auf die Lösungen hinweist, die sich gerade in der Tatsache finden, dass Sensitivität und Spezifität doch unterschiedlich ausfallen können⁸⁵⁶.

Eine bessere, aber nur langfristig zu erzielende Lösung besteht darin, dass die Spezifität – bestenfalls auch die Sensitivität – durch eine Aufbesserung des Instrumentes zur Rückfallprognose erhöht wird und damit NPP sinkt. Als vorläufige Alternative kann man die Mindestpunktzahl für eine positive Prognose nach oben setzen. Auf diese Weise wird die Zahl der falsch positiven Prognosen vermindert. Die Zahl der Falsch-Positiven gleicht bei einer perfekten Spezifität theoretisch Null. Beispielsweise würde keine unnötige Freiheitsstrafe vollzogen, wenn man die Mindestpunktzahl für eine positive Rückfallprognose so hoch setzt, dass alle bisher getesteten Probanden mit dieser oder mehr Punktzahl rückfällig geworden sind. Es kann natürlich sein, dass sich irgendwann aus einer großen Zahl von Probanden mehr Falsch-Positive ergeben, als man ertragen kann. In diesem Fall kann man die Mindestpunktzahl für positive Prognose nochmals erhöhen, sodass es innerhalb einer zumutbaren Zeit kein oder nur wenige Falsch-Positive mehr gibt.

Die Basisratenproblematik bzw. das Problem vom Falsch-Positiven ist also überwindbar. Dass sich aus der vorläufigen Lösung viele „Falsch-Negativen“ ergeben würden, ist aber eine andere Frage, die die Fragesteller der Basisratenproblematik wohl gern mit dem Grundsatz „*in dubio pro libertate*“ beantworten dürften. Eine vernünftige Kriminalpolitik muss sich damit auseinandersetzen, wie viel Risiko der Fehlprognose, und zwar sowohl der Falsch-Positiven als auch der Falsch-Negativen, für die Gesellschaft akzeptabel ist. Wer wegen des Risikos der Fehlprognose die Rückfallprognose kategorisch ablehnt, läuft das Risiko, das Kind mit dem Bade auszuschütten⁸⁵⁷.

⁸⁵⁶ Elwood, *Clinical Psychology Review* 13 (1993), 409 (411–412, 414–415); Tang/He/Tu, in: *Applied*, 2012, S. 289 (293).

⁸⁵⁷ Vgl. bei Rn. 786.

4.1.3.3. Die sog. „zirkuläre Begründungsstruktur“

Bock wendete unter Berufung auf die Etikettierungsansätze (engl.: „Labeling Theory“) gegen die Instrumente zur Rückfallprognose ferner ein, dass es um eine „zirkuläre Begründungsstruktur“ geht. „Danach verdoppeln Untersuchungen an registrierten Straftätern lediglich das sozial selektive Entscheidungshandeln der informellen und formellen Kontrollinstanzen“, die auf den „Auffälligkeiten der Sozialisation und des Sozialverhaltens sowie die Daten der bisherigen kriminellen Karriere (Frühkriminallität, Vorstrafenbelastung usw.)“ beruhen würden. Demnach wäre eine Rückfallprognose, die sich wiederum auf diese Auffälligkeiten stütze, zirkulär⁸⁵⁸.

Dieser Einwand widerspricht *zum einen* der Kritik, die *Bock* selbst an der Treffsicherheit der Rückfallprognose richtet⁸⁵⁹. Wären die Treffsicherheit der Prognoseinstrumente, wie er meint, so schlecht und deswegen unbrauchbar, dann könnten sie die entscheidenden Kriterien der sozialen Selektion auch nicht abbilden und daher keine zirkuläre Begründung für die Rückfallprognose liefern.

Zum anderen lenkt *Bocks* Einwand, wie die soziologische Kritik⁸⁶⁰, von der Problematik ab. Wenn beispielsweise bei immer mehr Erwerbstätigen zu hoher Blutdruck, Blutzucker- und Cholesterinspiegel diagnostiziert wird, kann man sich zwar zur Reduzierung des Risikos eines Herz- oder Schlaganfalls um die Verbesserung der Arbeitsumstände und Esskultur bemühen. Es ist aber zugleich richtig und dringender, dass diese Leute umgehend einen gesünderen Lebensstil pflegen, wie z. B. Nicotin-Abstinenz, mehr körperliche Aktivität und gesunde Ernährung. Für den Herz- und Schlaganfall gibt es sowohl auf der Makro- als auch der Mikroebene Risikofaktoren. Auf beiden Ebenen lassen sich Forschungen und Maßnahmen durchführen. Man würde nicht vorschlagen, dass die Instrumente zur Messung des Blutdrucks, Blutzucker- und Cholesterinspiegels deshalb nicht entwickelt oder verwendet werden dürften, weil diese Symptome teilweise durch ungesunde Arbeitsumstände und Esskultur bedingt sind.

Die eigentliche Frage lautet vielmehr: Messen die Instrumente zur Rückfallprognose die Risikofaktoren auf der individuellen Ebene? Führt man sich die wesentlichen Risikofaktoren⁸⁶¹ in den Prognoseinstrumenten der dritten und vierten Generation⁸⁶² vor Augen, dann ist die Antwort ein klares „Ja“.

⁸⁵⁸ *Bock*, JuS 1994, 89 (94) Fn. 32.

⁸⁵⁹ Vgl. S. 166–167.

⁸⁶⁰ Vgl. S. 134.

⁸⁶¹ Vgl. S. 161.

⁸⁶² Zur Generationen der Instrumente zur Rückfallprognose vgl. S. 152–154.

4.1.3.4. Der Zeitaufwand der Rückfallprognose

Man dürfte gegen die Rückfallprognose bei der Strafzumessung den Einwand erheben, sie sei aufwendig, und zwar in doppelter Hinsicht: zum einen die Vorbildung des Anwenders, sich das nötige Wissen und die nötigen Fertigkeiten anzueignen; zum anderen die Prognoseerstellung im Einzelfall, die eine vollständige Schilderung der Lebensumstände vom Täter voraussetzen und erhebliche Zeit erfordern würde, die für die Strafpraxis allenfalls in Ausnahmefällen zumutbar wäre⁸⁶³.

Gerade hier zeigt sich aber der Vorteil des statistischen Prognoseinstruments im Vergleich zur klinisch-idiografischen Prognose: Dank der klaren Itemformulierung und standardisierten Antwortformate werden auf der einen Seite das Lernen und die Anwendung vom Prognoseinstrument erheblich erleichtert, wenn der Trainee bereits über kriminologische Grundkenntnisse oder praktische Erfahrung im Umgang mit den Straftätern verfügt, was bei den „Hauptkunden“ der Trainingsprogramme – Praktikern im Bewährungs- und Vollzugsdienste – eine Selbstverständlichkeit ist. Für sie dauert die Schulung je nach der Komplexität des Instrumentes nur ein bis zwei Tage⁸⁶⁴. Bei manchen Instrumenten der zweiten Generation (z. B. Static-99, ORGS) wird sogar keine Schulung benötigt, da sich alle Items aus den Akten oder dem amtlichen Register entnehmen oder durch einfache Befragung erlangen lassen⁸⁶⁵. Auf der anderen Seite können die notwendigen Auskünfte für eine Prognoseerstellung normalerweise innerhalb einer bis zwei Interviewsitzungen erheben werden. Benötigt werden bei einigen Instrumenten (z. B. PCL-R und Stable-2007)⁸⁶⁶ 90 bis 120 Minuten, bei einigen anderen (z. B. LSI-R, YLS/CMI, Static-2007 und PCL:SV)⁸⁶⁷ weniger als 60 Minuten und bei noch einigen anderen (z. B. LS/CMI, Acute-2007,

⁸⁶³ Vgl. Frisch, in: Frisch/Vogt (Hrsg.), Prognoseentscheidungen, 1994, S. 55 (63, 67); Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 86, 140; Volbert/Dahle, Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren, 2010, S. 72; zu rechtlichen Anforderungen für Prognosegutachten vgl. BGH, Urt. v. 19.1.1984 – 4 StR 742/83 (Rn. 42); Boetticher/Kröber/Müller-Isberner u. a., Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 1 (2007), 90 (92).

⁸⁶⁴ Global Institute of Forensic Research, STABLE-2007 & ACUTE-2007 Live Webinar Training, unter: <https://www.gifrinc.com>; Global Institute of Forensic Research, LSI-R On Demand Training, unter: <http://www.gifrinc.com> (abgerufen am 29.05.2019); Global Institute of Forensic Research, LS/CMI On Demand Training, unter: <http://www.gifrinc.com> (abgerufen am 29.05.2019).

⁸⁶⁵ Vgl. die Items bei Anderson/Hanson, in: Otto/Douglas (Hrsg.), Handbook, 2010, S. 251 (253); Schneider-Njepel/Harwardt, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 135 (137).

⁸⁶⁶ Hare, Robert D., PCL-R™: 2nd Ed., Hare Psychopathy Checklist-Revised: 2nd Edition, unter: <https://www.mhs.com> (abgerufen am 29.05.2019); Hanson/Harris/Scott u. a., Assessing the Risk of Sexual Offenders on Community Supervision, 2007, S. 17.

⁸⁶⁷ Andrews, Donald A./Bonta, James, LSI-R, Level of Service Inventory - Revised, unter: <https://www.mhs.com> (abgerufen am 29.05.2019); Matthes, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 55 (60); Hanson/Harris/Scott u. a., Assessing the Risk of Sexual Offenders on Community Supervision, 2007, S. 17; Hart, Stephen D./Cox, David N./Hare, Robert D., PCL:SV, Hare Psychopathy Checklist: Screening Version, unter: <https://www.mhs.com> (abgerufen am 29.05.2019).

SORAG und VRAG)⁸⁶⁸ sogar weniger als 30 Minuten.

Was ein tiefes Wissen um die Verhaltenswissenschaft und erhebliche Zeit erfordert, ist vielmehr die Planung der Straftäterbehandlung. Sie muss aber nicht vom Richter bei der Verhängung der Strafe vorgenommen werden. Für die Planung der Straftäterbehandlung sind die Fachkräfte und Bewährungshelfern bei Strafvollstreckung oder -vollzug besser imstande, da sie das Behandlungsprogramm angesichts des Gesprächsinhaltes auf die aktuellen Bedürfnisse des Täters zuschneiden und schrittweise anpassen können⁸⁶⁹. Dabei steht wohl genügend Zeit und Personal zur Verfügung, insbesondere wenn man daran denkt, dass die Straftäter mit einem als gering eingestuften Rückfallrisiko⁸⁷⁰ (bei Anwendung von LSI-R ca. 11–14 % der männlichen und ca. 51 % der weiblichen Verurteilten⁸⁷¹) keiner resozialisierenden Behandlung bedürfen.

Abschnitt 4.1.2 und 4.1.3 lassen sich zusammen, dass die meisten Einwände gegen die empirischen Grundlagen der Rückfallprognose auf Missverständnissen über die Verhaltenswissenschaft, die statistischen Methoden oder die Praxis der Rückfallprognose basieren.

4.1.4. Vorsatzformen bzw. -elemente und Rückfallrisiko

Mit der bisherigen Feststellung, dass das Rückfallrisiko nach der heutigen Sozialwissenschaft und Psychologie zuverlässig eingeschätzt werden kann, ist allerdings noch nicht gesagt, dass auch bestimmte Begriffe der Strafrechtswissenschaft, nämlich die Vorsatzformen oder die Elemente des Vorsatzbegriffs eine Rolle für die Rückfallprognose spielen können. Hierfür hat die empirische Forschung bislang nur begrenzte Anhaltspunkte ergeben.

Zunächst lässt sich feststellen, dass in den meisten Instrumenten zur Rückfallprognose, von welcher Generation auch immer, die Vorsatzformen nicht als Risikofaktor verwendet werden⁸⁷²; dies nicht zuletzt deshalb, weil sich die Autoren dieser Instrumente in der

⁸⁶⁸ Andrews, Donald A./Bonta, James/Wormith, J. Stephen, LS/CMI, Level of Service/Case Management Inventory, unter: <https://www.mhs.com> (abgerufen am 29.05.2019); Matthes/Eher, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 212 (215); Rossegger/Gerth/Endrass, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 159 (166); Rossegger/Gerth/Endrass, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 141 (147).

⁸⁶⁹ Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 259 f.

⁸⁷⁰ Bonta/Andrews, a.a.O., S. 176, 178–179.

⁸⁷¹ Andrews/Bonta, LSI-R, 2000, „Profile Form“; Dahle/Harwardt/Schneider-Njepel, LSI-R: MANUAL, 2012, S. 71.

⁸⁷² Etwa „OGRS“ für allgemeinen Rückfall (s. Schneider-Njepel/Harwardt, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 135 (137)); „EFP-63“, „ODARA“, „PCL-R“, „SAVRY“, „VRAG“ und „VRS“ für gewalttätigen Rückfall (s. Gretenkord, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013,

Regel den Fachkreisen angehören, in denen man mit den strafrechtsdogmatischen Begriffen wie Vorsatzformen nicht vertraut ist. Immerhin gibt es bei manchen Prognoseinstrumenten Items, die die eine oder andere Vorsatzform abdecken können.

4.1.4.1. Absicht als planvolle Ziellanstrebung

Das Instrument „J-SOAP-II“ (engl.: „Juvenile Sex Offender Assessment Protocol–II“) beinhaltet das Item „Ausmaß an Planung bei den sexuellen Übergriffen.“ Demnach liegt das Rückfallrisiko eines sexuellen Übergriffs umso höher, je detaillierter die Planung oder Überlegung vor den sexuellen Übergriffen ausgeprägt war und je vollständiger der Plan umgesetzt wurde. Dies gilt besonders, wenn es betrügerische Manipulationen oder ein hohes Maß an Vorbereitung gegeben hat⁸⁷³. Ein anderes Instrument „RRS“ („Rückfallrisiko für Sexualstraftäter“) hat ebenso das Item „Planung der Tat“⁸⁷⁴. Das Item kann dann vorliegen, wenn man die Vorsatzform „Absicht“ als „planvolle Ziellanstrebung“ definieren wollte⁸⁷⁵. Es mangelt dem J-SOAP-II sowie dem RRS zurzeit aber an Zahl und Vielfalt von Stichproben, um die Einflussgrößen der einzelnen Items auf das Rückfallrisiko zu ermitteln und miteinander zu vergleichen⁸⁷⁶.

Die Risikoeinstufungen vom RRS legen jedenfalls nahe, dass sich die Einflussgröße der „Planung der Tat“ auf das Rückfallrisiko je nach der Ausprägung anderer Items verändern würde. Beim RRS liegt der Risikoscore für den sexuellen Rückfall („S-Wert“) zwischen 0 und 16. In der Entwicklungsstichprobe wurden 0 % der Täter, die einen S-Wert bis 5 aufwiesen, mit einem Sexualdelikt rückfällig; 3 % sexuell-rückfällig beim S-Wert von 6 bis 9; 16,7 % rückfällig beim S-Wert von 10 bis 11; 41,3 % rückfällig beim S-Wert von 12 bis 16. Da das Item „Planung der Tat“ 0 bis 3 Punkte zählen kann⁸⁷⁷, dürfte sich auch die stärkste Ausprägung von „Planung der Tat“ als nicht besonders risikoe erhöhend erweisen, solange der gesamte Score von anderen Items unter 6 bleibt. Sollten die anderen Items aber ungünstiger ausfallen, so könnte auch ein nur mildes Ausmaß der Tatplanung

S. 220 (220); Rettenberger/Eher, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 233 (233); Klein/Rettenberger, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 66 (69 f.); Rossegger/Urbanik/Danielsson u. a., Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie 77 (2009), 577 (581 f.); Wong/Olver, in: Otto/Douglas (Hrsg.), Handbook, 2010, S. 121); „SORAG“, „Static-99 bzw. -99R“ und „Static-2002 bzw. -2002R“ für sexuellen Rückfall (s. Rossegger/Gerth/Urbanik u. a., Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie 78 (2010), 658 (664 f.); Anderson/Hanson, in: Otto/Douglas (Hrsg.), Handbook, 2010, S. 251; Harris/Phenix/Hanson u. a., Static-99 Coding Rules, S. 67).

⁸⁷³ Prentky/Righthand, JSOAP-II, 2003, S. 14; Quenzer, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 39 (42).

⁸⁷⁴ Rehder/Suhling, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 175 (177).

⁸⁷⁵ S. 238 f.

⁸⁷⁶ Prentky/Righthand, JSOAP-II, 2003, S. 8; Rehder/Suhling, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 175 (184).

⁸⁷⁷ Rehder/Suhling, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 175 (177 f.).

(1 Punkt) beim Vorhandensein eines Gesamtscores von 9 oder 11 das Rückfallrisiko erheblich erhöhen. Die Lehren von „Gesamtwürdigung“ und „Einzelfallbetrachtung“ für die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen⁸⁷⁸ dürften hier Unterstützung finden, wenn man bei der Strafzumessung die Spezialprävention und mithin das Rückfallrisiko in Erwägung ziehen wollte.

4.1.4.2. Weitere Charakterisierungen vom Wollenselement

Das Wollenselement der Absicht⁸⁷⁹ oder des Vorsatzes wird gelegentlich als Erwünschtheit oder Wunsch bezeichnet, obwohl die h. M. seit Ende des 18. Jahrhunderts die Ansicht konsequent zurückweist⁸⁸⁰. Diesbezüglich weisen zwar einige Prognoseinstrumente und -theorien auf die Relevanz eines exzessiv starken Wunschs hin. Die Vereinbarkeit dieser Instrumente und Theorien mit der Vorsatzdogmatik liegt aber auch dann nicht auf der Hand, wenn das Wollenselement als Wunsch definiert würde.

Das Instrument „ERASOR“ (engl.: „Estimate of Risk of Adolescent Sexual Offense Recidivism“) hat das Risikoitem „zwanghaft-obsessives sexuelles Interesse“, unter dem auch ein extrem starkes Begehren nach sexuellen Handlungen fällt⁸⁸¹. Bei der Gesamtbewertung des Risikos nach dem Instrument „SVR-20“ (engl.: „Sexual Violence Risk-20“) und „HCR-20“ (engl.: „Historical-Clinical-Risk Management-20 Violence Risk Assessment Scheme“) wird die Heuristik vorgeschlagen, im Extremfall könne „ein einzelnes Merkmal eine hohe Risikobeurteilung begründen, beispielsweise wenn ein Proband einen ernstzunehmenden, drängenden Tötungswunsch bezogen auf eine dritte Person äußert“⁸⁸². Schließlich verweist die Theorie für die Rückfallprognose in einem allgemeinen Kontext darauf, dass Emotionen wie etwa Wut, Ressentiment oder Verlangen nach Rache das Rückfallrisiko in der nahen Zukunft erhöhen können⁸⁸³. Diese Risikofaktoren sind jedoch dynamisch⁸⁸⁴ konzipiert. Maßgeblich für sie ist daher der aktuelle oder währende Wunsch des Täters, der im Beurteilungsinterview festgestellt wird und mit dem Wunsch bei der

⁸⁷⁸ S. 12–13, 19–20, 29–32.

⁸⁷⁹ Zuletzt *Schünemann*, GA 1985, 341 (364).

⁸⁸⁰ *Stübel*, System des allgemeinen peinlichen Rechts, 1795, § 262; *Bekker*, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, 1859, S. 254; *Liszt*, Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881, S. 109; *Liszt*, Lehrbuch, 3. Aufl. (1888), S. 166; *Liszt*, Lehrbuch, 4. Aufl. (1891), S. 174 f.; *Bar*, ZStW 18 (1898), 534 (535–537); *Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1907, S. 309; *Mayer*, AT, 1953, S. 251 f.; *BGH*, Urt. v. 22.4.1955 – 5 StR 35/55, BGHSt, 363 (369 f.); *BGH*, Urt. v. 26.7.1967 – 2 StR 368/67, BGHSt, 283 (284 f.); *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 269 f.

⁸⁸¹ *Worling/Curwen*, ERASOR, 2001, S. 2; *Quenzer*, in: *Rettenberger/Franqué* (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 47 (49).

⁸⁸² *Habermann/Franqué*, in: *Rettenberger/Franqué* (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 273 (278); *Franqué*, in: *Rettenberger/Franqué* (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 256 (261).

⁸⁸³ *Andrews/Bonta*, Psychology of Criminal Conduct, 5. Aufl. (2010), S. 27 f.

⁸⁸⁴ Zum Begriff der dynamischen Risikofaktoren, S. 153.

Tatbegehung nicht identisch sein muss⁸⁸⁵.

Entsprechendes gilt, wenn es um die weiteren Definitionen des Wollenselements, z. B. kriminogene Einstellung, geht. Manche Prognosetheorien und -instrumente beinhalten als Risikofaktor zwar kriminogene Einstellungen, kriminogene Handlungsmaximen⁸⁸⁶ oder Gleichgültigkeit gegenüber der Verletzung bzw. Verluste eines Dritten⁸⁸⁷. Der Unterschied zwischen diesen Bezeichnungen (Einstellungen, Handlungsmaximen und Gleichgültigkeit) und ihrer scheinbaren Gegenstücke in der Vorsatzlehren⁸⁸⁸ besteht ebenso darin, dass es hier um dynamische Faktoren geht, die sich vielmehr auf die aktuelle Befindlichkeit des Täters, nicht aber auf die vergangene Mentalität gegenüber dem tatbestandlichen Erfolg beziehen.

4.1.4.3. Potenzial und Notwendigkeit einer Vertiefung der Prognoseforschung

Die Idee, das Rückfallrisiko, neben anderen Faktoren, auch nach den Vorsatzformen bzw. den Ausprägungen der Vorsatzelemente einzuschätzen, ist nach dem Angeführten nicht nur theoretisch denkbar; sie wurde auch umgesetzt, wenngleich dies bislang nur in einem sehr begrenzten Bereich stattfindet und noch keine Schlussfolgerung für die Vorsatzabstufung gezogen werden kann.

Für diejenigen, der die Vorsatzabstufung nach spezialpräventiven Erwägungen aus empirischen Gründen herleiten wollen, aber auch für diejenigen, die diese Lehre aus empirischen Gründen widerlegen wollen, ist eine Vertiefung der Forschung zur Rückfallprognose unentbehrlich. Dabei stellt sich sogleich die mühsame dogmatische Frage: wie sollen die Vorsatzformen, insbesondere der bedingte Vorsatz, definiert werden? Anstatt sich im Dschungel der Vorsatzlehren für die eine oder andere zu entscheiden, kann man mehrere Lehren, eine nach der anderen, anwenden und dementsprechend mehrere Kodierungen für die Vorsatzform einer Tat herstellen. Dadurch lässt sich feststellen, welche Definitionen den Rückfall am besten vorhersagen können.

⁸⁸⁵ Quenzer, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 47 (47, 49).

⁸⁸⁶ Theorien: Akers/Jennings, in: Piquero (Hrsg.), Handbook, 2016, S. 230 (234 f.); Robinson, Intuitions of Justice and the Utility of Desert, 2013, S. 184; Pratt/Cullen/Sellers u. a., Justice Quarterly 27 (2010), 765 (770, 788); Volbert/Dahle, Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren, 2010, S. 99. Instrumente: Andrews/Bonta, Psychology of Criminal Conduct, 5. Aufl. (2010), S. 59, 62–63 (LS/CMI); Matthes, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 55 (58) (YLS/CMI); Dahle/Harwardt/Schneider-Njepel, LSI-R: MANUAL, 2012 (LSI-R); Quenzer, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 47 (49) (ERASOR); Douglas/Hart/Webster u. a., HCR-20 V3 (HCR-20); Habermann/Franqué, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), Handbuch, 2013, S. 273 (273) (HVR-20).

⁸⁸⁷ Olver/Wong, Aggression and Violent Behavior 18 (2013), 579 (587); Andrews/Bonta, Psychology of Criminal Conduct, 5. Aufl. (2010), S. 58 f.

⁸⁸⁸ S. 235 f.

Theoretisch handelt es sich dabei um eine Untersuchung nach dem statischen Faktor, da sich die Vorsatzform im Einzelfall bzw. die ihr zugrunde liegenden Tatsachen nicht mit der Zeit verändern. Eine diesbezügliche Studie lässt sich konzipieren, indem man Straftäter zufällig auswählt, ihre Taten je nach der in Betracht kommenden Lehre in die zutreffende Vorsatzform oder Ausprägung der Vorsatzelemente einordnet, Daten von Rückfällen sowie weiteren Risikofaktoren erhebt und schließlich all diese Variablen statistischen Analysen unterzieht. Mithilfe einer Überlebensanalyse (engl.: „Survival Analysis“) kann der Risikoquotient (engl.: „Hazard Ratio“) zwischen verschiedenen Vorsatzformen berechnet werden. Dadurch weiß man, ob und inwieweit verschiedene Vorsatzformen auch verschiedene Rückfallrisiken indizieren. Zudem kann man die Zeitspanne zwischen dem Entscheidungsdatum (bei Strafen oder Maßnahmen ohne Freiheitsentzug) oder der Entlassung (beim Freiheitsentzug) einerseits und dem Rückfalldatum andererseits in die Analyse mit einbeziehen. Dadurch lässt sich näher untersuchen, wie gut die Vorsatzform das Rückfallrisiko in verschiedenen Beobachtungszeiträumen (z. B. 6 Monaten, 1 Jahr oder 3 Jahren) vorhersagt⁸⁸⁹. Da die Vorsatzform ein statischer Faktor ist, liegt es nahe, dass ihre Vorhersagekraft, wenn überhaupt, umso schwächer würde, je länger der Beobachtungszeitraum ist. Solche Forschung dürfte für die Entscheidung zwischen der Strafaussetzung und dem Strafvollzug maßgeblich sein, sollte sie zeigen, etwa dass das Risiko, in einer sehr kurzen Zeit sexuell oder gewalttätig rückfällig zu werden, beim Täter, der mit einer bestimmten Vorsatzform gehandelt hat, viel höher läge als beim Täter, der unter sonst gleichen Umständen eine andere Vorsatzform an den Tag gelegt hat.

4.2. Forschung zum Sanktionseffekt

Die spezialpräventive Wirkung der Strafe ist heute noch umstritten. Die Diskussion fokussiert sich meistens auf die Wirkung der Strafhärte, ob eine härtere Art oder Höhe der Strafe den Rückfall reduzieren können. Vielfältige Zweifel werden an der empirischen Nachweisbarkeit der Wirkung⁸⁹⁰, am Vorliegen eines Effekts („Austauschbarkeit der

⁸⁸⁹ Kleinbaum, *Survival Analysis*, 1996, S. 15, 5. Es gibt zahlreiche Studien, die die Rückfallquote einer Überlebensanalyse unterziehen. Man gibt hierzu einfach als Stichwörter „recidivism, survival analysis“ in die Suchmaschine „Google Scholar“ ein. Ein deutsches Beispiel s. Herbst/Hanel/Haderstorfer, in: Watzl (Hrsg.), *Rückfall*, 1989 (141–144).

⁸⁹⁰ Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 275; Meier, *Sanktionen*, 4. Aufl. (2015), S. 30; Bock, *Kriminologie*, 4. Aufl. (2013), Rn. 883; Bock, in: Göppinger/Bock (Hrsg.), *Kriminologie*, 2008, S. 541 (Rn. 48 f.); Bock, *JuS* 1994, 89 (98); Hörnle, *Straftheorien*, 2011, S. 21; Horn, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 27.

Sanktionen⁸⁹¹), an der Richtung des Effekts („rückfall-reduzierend oder -fördernd?“)⁸⁹², an der Größe des positiven Effekts⁸⁹³, an der Stabilität des positiven Effekts⁸⁹⁴, an der Allgemeinheit der Wirkung hinsichtlich der Tätergruppen und Umstände der Strafvollstreckung und des Strafvollzugs⁸⁹⁵, an der Möglichkeit, ein Maß (Art und Höhe) der Strafe nach den spezialpräventiven Bedürfnissen anzubieten⁸⁹⁶ und schließlich an der Kosten-Effizienz einer Spezialprävention durch Strafen⁸⁹⁷ geäußert.

Bevor man sich mit der Richtigkeit dieser Kritik befasst, ist aber auf zwei wesentliche, wenngleich behebbare, Limitierungen der bisherigen Studien hinzuweisen: die Schwierigkeiten zur Differenzierung von Wirkungsweisen (→ Abschnitt 4.2.1.1) und das Problem der Selektionsverzerrung (→ Abschnitt 4.2.1.2).

4.2.1. Methodologische Vorüberlegungen

4.2.1.1. Schwierigkeiten zur Differenzierung von Wirkungsweisen

Man mag die Studien zur Wirkung der strafrechtlichen Sanktion entsprechend den drei Wirkungsweisen der Spezialprävention⁸⁹⁸ – Resozialisierung, Individualabschreckung und Unschädlichmachung – gliedern. Das ist aber nur begrenzt möglich und auch im Folgenden nicht vorzunehmen. Der Grund liegt vor allem darin, dass die meisten Studien die Variablen, die die unterschiedlichen Wirkungsweisen der Strafe repräsentieren, insbesondere die objektiven und subjektiven Strafvariablen, Furcht vor Strafe sowie die

⁸⁹¹ Dafür: *Streng*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46, Rn. 34; *Streng*, in: *Frisch* (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 39 (42); *Kunz/Singelnstein*, Kriminologie, 7. Aufl. (2016), S. 303; *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 21; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 120; *Albrecht*, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 57, 54; *Bock*, in: *Göppinger/Bock* (Hrsg.), Kriminologie, 2008, S. 541 (58); *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. (1996), S. 269.

– Neutral: *Bock*, JuS 1994, 89 (94 f.); *Albrecht*, ZStW 97 (1985), 831 (852).

– Dagegen: *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 34 f; *Schöch*, in: *Jehle* (Hrsg.), Individualprävention, 1992, S. 243 (253).

⁸⁹² *Hörnle*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), Handbuch, 2019 (11); *Albrecht*, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 52.

⁸⁹³ *Hörnle*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), Handbuch, 2019 (11); *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 276; *Killias/Kuhn/Aebi*, Grundriss der Kriminologie, 2. Aufl. (2011), Rn. 1176; *Albrecht*, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 52; *Bock*, JuS 1994, 89 (94).

⁸⁹⁴ *Killias/Kuhn/Aebi*, Grundriss der Kriminologie, 2. Aufl. (2011), Rn. 1156.

⁸⁹⁵ *Schünemann*, in: *Frisch/von Hirsch/Albrecht* (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 185 (190); *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 413.

⁸⁹⁶ *Horn*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 27 f. Mit demselben Vorwurf hat *Grolman* schon 1818 die Sicherungsstrafe und *Liszt* 1883 die Vergeltungsstrafe attackiert, vgl. *Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3. Aufl. (1818), § 76; *Liszt*, ZStW 3 (1883), 1 (27 f.).

⁸⁹⁷ *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 276; *Hörnle*, Straftheorien, 2011, S. 22.

⁸⁹⁸ S. 297.

Rückfallrisikofaktoren, nur unzureichend oder gar nicht kontrolliert haben. Infolgedessen lassen sich auch aus dem Befund, eine längere Freiheitsstrafe könnte den Rückfall reduzieren, allenfalls allgemeine Schlüsse ziehen, dass etwa die Länge der Freiheitsstrafe eine spezialpräventive (rückfallreduzierende) Wirkung aufweise, nicht aber eine konkrete Folgerung, dass diese Wirkung eine Resozialisierung, Individualabschreckung oder Unschädlichmachung sei.

Beispielhaft ist eine neuere Studie von *Thomas*, die die abschreckende Wirkung der Sanktionshärte hinsichtlich des Rückfalls von Jugendlichen untersucht. Bei den multivariaten Analysen wurden als Kontrollgrößen lediglich die (objektive) Sanktionshärte, das Alter bei der Verurteilung, die Anzahl der Vortaten und die Tatschwere eingesetzt⁸⁹⁹, nicht aber die subjektiven Strafvariablen und die anderen Risikofaktoren. Die Studie ist zwar zu dem Ergebnis gelangt, dass „vor allem die stationären Sanktionen (Jugend- bzw. Freiheitsstrafen und Jugendarrest) mit den ungünstigsten Ergebnissen“ hinsichtlich der Rückfallquote in einem Jahr einhergehen. „Verhältnismäßig günstig dagegen stellte sich die Legalbewährung nach Arbeitsleistungen und monetären Sanktionen dar“⁹⁰⁰. Diese Ergebnisse können freilich nicht, wie die Autorin meint, als eine Widerlegung der individualabschreckenden Wirkung der Strafhärte interpretiert werden, weil Strafwahrscheinlichkeit und -schnelligkeit, das Rückfallrisiko und viele andere Einflussfaktoren für die Straftat nicht kontrolliert wurden. Es sei denn, man könnte davon ausgehen, die unkontrollierten Variablen seien von der (objektive) Strafhärte unabhängig, sodass sich der Einfluss dieser unkontrollierten Variablen auf den Rückfall durchaus wie ein zufälliger Fehler verhält, der die Effektschätzung der Strafhärte nicht zu verzerren vermag⁹⁰¹. Gerade in dieser *Unabhängigkeitsannahme* liegt jedoch eines der schwierigsten Probleme für die Effektschätzung, die Selektionsverzerrung, die gleich im nächsten Abschnitt erörtert wird.

4.2.1.2. Das Problem der Selektionsverzerrung

Zur Feststellung der spezialpräventiven Wirkung der Strafe für den Rückfall muss eine Studie neben den Strafvariablen zumindest auch die Variablen kontrollieren, die für die Selektionsverzerrung verantwortlich sind. Eine Variable ist eine „Variablen der Selektionsverzerrung“, wenn sie einerseits Einfluss auf die Gruppenzuweisung (hier: Strafzumessung) übt und andererseits eine Korrelation mit der Ergebnisvariable (hier: Rückfall)

⁸⁹⁹ *Thomas*, Zur abschreckenden Wirkung von Strafe, 2014, S. 200, 207, 212, 216.

⁹⁰⁰ *Thomas*, a.a.O., S. 362.

⁹⁰¹ *Leite*, Practical Propensity Score Methods Using R, 2017, S. 22; *Wooldridge*, Introductory Econometrics, 5. Aufl. (2013), S. 90.

hat⁹⁰². Die wichtigste Variable der Selektionsverzerrung für den spezialpräventiven Effekt der Strafe ist das Rückfallrisiko zum Zeitpunkt der Strafzumessung. In der Praxis muss man besonders auf die Rückfallrisikofaktoren achten, die das Gericht – auch implizit oder unbewusst – bei der Strafzumessung in Erwägung zieht.

Beim Vorliegen unkontrollierter Variablen der Selektionsverzerrung lässt sich der Unterschied in den Rückfallraten zwischen den Gruppen nur schwer auf Strafhöhen oder -arten zurückführen, wenn nicht sichergestellt werden kann, dass die Gruppen hinsichtlich des anfänglichen Rückfallrisikos als homogen oder vergleichbar angesehen werden können. Sollten, was nicht selten der Fall ist, Sanktionen bestimmter Art und Höhe unter anderem auch deshalb verhängt oder vollzogen werden, weil das Gericht von einem bestimmten Rückfallrisiko ausgeht, und sollte die prädiktive Validität dieser gerichtlichen Beurteilung anders als die eines Münzwurfs sein (d. h. sie hat eine AUC⁹⁰³ anders als 0,5), dann würden die Gruppen verschiedene anfängliche Rückfallrisiko aufweisen. In diesem Fall wäre es nicht verwunderlich, wenn die Rückfallrate einer anfänglich riskanteren Gruppe höher liegt als die einer anfänglich weniger riskanten Gruppe, selbst wenn die Strafe überhaupt keine Wirkung auf den Rückfall hätte. Man bezeichnet derartige Verzerrung im Effektschätzung als „Selektionsverzerrung“ (engl.: „selection bias“), da sie durch Selektion bzw. Zuweisung von Probanden zu verschiedenen Gruppen bedingt ist⁹⁰⁴.

Da die Selektionsverzerrung dem Wesen nach eine Verzerrung aufgrund der Vernachlässigung relevanter Variablen (engl.: „omitted variable bias“) darstellt⁹⁰⁵, kann man nach den statischen Regeln ihre Konsequenzen abschätzen. Bei einer „omitted variable bias“ wird die Effektschätzung in positive Richtung verzerrt, wenn der Effekt der vernachlässigten Variable (hier: eines Risikofaktors) auf den Ausgang (hier: Rückfall) und die Korrelation dieser Variable mit der erklärenden Variable (meist: Strafhärte) in dieselbe Richtung gehen⁹⁰⁶. Diese Bedingungen müssten hier erfüllt sein, weil ein vernachlässigter Risikofaktor eben auf ein größeres Rückfallrisiko hindeutet und in der Praxis beim Vorliegen eines größeren Rückfallrisikos eine härtere Strafe wahrscheinlicher verhängt und vollzogen wird. Folglich müsste die Effektstärke der Strafhärte für den Rückfall in positive Richtung verzerrt werden, wenn die Studien zum Sanktionseffekt die Risikofaktoren

⁹⁰² Leite, Practical Propensity Score Methods Using R, 2017, S. 21 f; Morgan/Winship, Counterfactuals and Causal Inference, 2. Aufl. (2015), S. 109 f.

⁹⁰³ Zur AUC vgl. S. 155 ff.

⁹⁰⁴ Morgan/Winship, Counterfactuals and Causal Inference, 2. Aufl. (2015), S. 122–126; Wooldridge, Introductory Econometrics, 5. Aufl. (2013), S. 326; zur derzeitigen besten nicht-experimentellen Methode, die Variablen der Selektionsverzerrung zu kontrollieren, vgl. S. 181.

⁹⁰⁵ Tsounis/Vlachvei (Hrsg.), Advances in applied economic research, 2017, S. 386.

⁹⁰⁶ Wooldridge, Introductory Econometrics, 5. Aufl. (2013), S. 90.

für den Rückfall unzureichend kontrolliert haben. Eine positive Verzerrung würde den Eindruck geben, dass die Strafhärte den Rückfall erhöhe oder nur unbefriedigend reduziere. Das bedeutet auch, dass die Effektstärke der Strafhärte für den Rückfall in negative Richtung – zugunsten einer spezialpräventiven Wirkung – korrigiert würde, wenn Risikofaktoren besser kontrolliert werden sollten.

Auf der anderen Seite könnte die Strafzumessung durch Faktoren beeinflusst werden, bei deren Vorliegen sich das Rückfallrisiko zwar erhöht, aber das Gericht eher eine mildere Strafe verhängt als beim Nichtvorliegen. Substanzmissbrauch ist beispielsweise einer der aussagekräftigsten Risikofaktoren für den Rückfall⁹⁰⁷, während substanzbedingte Störung strafmildernd wirken könnte, wenn sie zur Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit führt (§§ 20 f. StGB). Derartige Variablen würden die Effektstärke der Strafhärte für den Rückfall in negative Richtung verzerren, weil der Einfluss dieser Variablen auf den Rückfall und auf die Strafhärte in verschiedene Richtungen gehen⁹⁰⁸.

Da verschiedene vernachlässigte Variablen die Effektstärke der Gruppenzuweisung (meist: Strafhärte) in verschiedene Richtungen verzerren, lässt sich die gesamte Verzerrung nicht einfach abschätzen. Daher kann man auch dann nicht den Schluss ziehen, dass die Strafhärte den Rückfall reduziere, wenn sich aus allen Studien nur negative Effektschätzungen ergeben würden, soweit der Selektionsverzerrung nicht hinreichend Rechnung getragen wird.

4.2.1.3. Methoden zum Umgang mit der Selektionsverzerrung

Das Problem der Selektionsverzerrung lässt sich durch Kontrolle der Bestimmungsfaktoren für die Selektion bzw. Gruppenzuweisung lösen.

Viele Sanktionsforschungen haben der Selektionsverzerrung nur unzureichend oder gar keine Rechnung getragen, indem sie falsche oder gar keine Störfaktoren kontrollierten. Keine Störfaktoren werden kontrolliert, wenn man einfach die Rückfallstatistik⁹⁰⁹ anführt und zu dem Ergebnis kommt, dass eine mildere Strafe im Hinblick auf die Resozialisierung deshalb effizienter als eine härtere sei, weil die Rückfallrate nach einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung höher als die nach einer mit Bewährung sei und die letztgenannte Rückfallrate wiederum höher als die nach einer Geldstrafe liege⁹¹⁰. Auf solche

⁹⁰⁷ Vgl. S. 161 für die „Central Eight“ Risikofaktoren für die Rückfallprognose.

⁹⁰⁸ Wooldridge, a.a.O., S. 90.

⁹⁰⁹ Etwa die Rückfallstatistiken bei Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke u. a., Legalbewährung, 2016, S. 56; Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke u. a., Legalbewährung, 2013, S. 48; Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke u. a., Legalbewährung, 2010, S. 54; Jehle/Heinz/Sutterer, Legalbewährung, 2003, S. 52.

Fehler wurde in der Literatur mehrfach hingewiesen⁹¹⁰.

Experimente sind ideales Studiendesign zur Kontrolle der Selektionsverzerrung. Bei nicht-experimentellen Studien gilt heute als die beste Methode zum Umgang mit der Selektionsverzerrung das „Propensity-Score-Matching“, das 1983 entwickelt wurde und ständig verbessert wird.

Der Propensity-Score ist die Wahrscheinlichkeit, mit der einem Studienteilnehmer eine Gruppe zugewiesen wird. Unterstellt, dass es in einer Studie eine Gruppe der „Straf-aussetzung“ und eine des „Strafvollzugs“ gibt. Im *ersten Schritt* wird der Propensity-Score jedes Teilnehmers anhand der Variablen geschätzt, die als Bestimmungsfaktoren für die Gruppenzuweisung angesehen werden⁹¹². Für die Einschätzung vom Propensity-Score können unterschiedliche Modelle, wie etwa das Logit- oder Probit-Modell, zum Einsatz kommen. Im *zweiten Schritt* findet man für jeden Teilnehmer in der Gruppe „Strafaussetzung“ einen oder mehrere Teilnehmer in der Gruppe „Strafvollzug“ mit einem etwa so hohen Propensity-Score. Schließlich wird anhand der Daten dieser ausgewählten Teilnehmer die Differenz in der Rückfallquote zwischen den beiden Gruppen berechnet.

Die *Grundidee vom Propensity-Score-Matching* lautet: Bei gleicher Wahrscheinlichkeit der Gruppenzuweisung ist es, dass einem Teilnehmer die eine Gruppe und einem vergleichbaren Teilnehmer die andere Gruppe zugewiesen wird, wie beim echten Experiment nur ein Zufall. Der Unterschied im Erfolg zwischen den Gruppen kann folglich als kausale Wirkung der Gruppenzuweisung oder des unterschiedlichen Inhalts der Gruppen (hier: Strafvollzug oder Strafaussetzung) interpretiert werden.

Die Fähigkeit vom Propensity-Score-Matching, nachträglich für eine zufällige Gruppenzuweisung zu sorgen, ist jedoch dadurch eingeschränkt, dass sie die Daten nur an die erfassten Variablen anpassen kann. Maßgeblich ist daher, dass die im Matching berücksichtigten Variablen die Gruppenzuweisung möglichst gut erklären, sodass der Einfluss der ungemessenen und unberücksichtigten Faktoren auf das Resultat (Rückfall) als zufällig oder unbeachtlich erscheint⁹¹³.

⁹¹⁰ Etwa Kunz, Kriminologie, 1994, S. 290; Kunz/Singelnstein, Kriminologie, 7. Aufl. (2016), S. 296–297, 300.

⁹¹¹ Bock, JuS 1994, 89 (94) Fn. 38; Bock, in: Göppinger/Bock (Hrsg.), Kriminologie, 2008, S. 541 (45); Bock, Kriminologie, 4. Aufl. (2013), Rn. 875 f; Albrecht, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 57; Kunz, Kriminologie, 6. Aufl. (2011), § 26 Rn. 20, 23; Streng, in: Frisch (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 39 (40); Mühl, Strafrecht ohne Freiheitsstrafen, 2015, S. 33; Loughran/Paternoster/Weiss, in: Piquero (Hrsg.), Handbook, 2016, S. 50 (64); Mitchell/Cochran/Mears u. a., Journal of Experimental Criminology 13 (2017), 1 (5).

⁹¹² Zur Definition für die „Variablen der Selektionsverzerrung“ vgl. S. 179.

⁹¹³ Leite, Practical Propensity Score Methods Using R, 2017, S. 2; Bernhard/Hohmeyer/Jozwiak u. a., in: Möller/Walwei (Hrsg.), Handbuch, 2009, S. 149 (163).

4.2.2. Effekt einer härteren Sanktionsart

Da es zahlreiche Primärstudien gibt, die mithilfe einer Vielfalt von Kontrollvariablen den rückfallreduzierenden Effekt der Strafe einzuschätzen, liegt hier Fokus auf Metaanalysen. Die Ergebnisse sind generell *zuungunsten* der härteren Strafe. Als Beispiel dient die Metaanalyse von *Smith/Goggin/Gendreau*, die 117 Primärstudien seit 1958 zu diesem Thema ausgewertet haben:

- 1) Aus 31 Studien, die den Vollzug der Freiheitsstrafe mit der Strafaussetzung zur Bewährung vergleichen und eine Stichprobe von 268.806 Verurteilten aufweisen, ergibt sich, dass die Strafarten keine signifikanten Unterschiede in den Rückfallraten machen⁹¹⁴.
- 2) Aus 26 Studien, die die Länge der vollzogenen Freiheitsstrafe untersuchen und eine Stichprobe von 107.165 Verurteilten haben, geht hervor, dass eine längere Freiheitsstrafe die Rückfallrate im Durchschnitt um ca. 3 % erhöhe. Die schädliche Folge der Freiheitsstrafe erscheine umso ernsthafter, je größer der Unterschied in Bezug auf die vollzogene Länge zwischen den zu vergleichenden Gruppen sei. Erreiche die Differenz über 2 Jahre, könne die härter bestrafte Gruppe um 6–7 % eher rückfällig werden als die milder bestrafte Gruppe, auch wenn die Rückfallrisiken aller Gruppen vergleichbar waren⁹¹⁵.
- 3) 74 Studien davon, die eine gesamte Stichprobe von 66.500 Verurteilten haben, beziehen sich auf die sog. „Intermediate Sanctions“, z. B. Geldstrafe, Hausarrest mit elektronischer Überwachung, gemeinnützige Arbeit oder Bewährung mit intensiverer Kontrolle. Diese Sanktionen werden als „intermediär“ verstanden, da ihre Härte zwischen der des Strafvollzugs und der Bewährung liegen soll. Die Härte der intermediären Sanktion lasse sich dabei nach ihren Auflagen, der Intensität der Überwachung und der Zahl der kombinierten Sanktionen messen⁹¹⁶. Es zeigt sich, dass sich weder die intermediäre Sanktion im Vergleich zur normalen Bewährung, noch eine härtere intermediäre Sanktion im Vergleich zu einer mildereren intermediären Sanktion auf den Rückfall effizienter auswirke⁹¹⁷.

⁹¹⁴ *Smith/Goggin/Gendreau*, *Effects of Sanctions on Recidivism*, 2002, S. 11.

⁹¹⁵ *Smith/Goggin/Gendreau*, a.a.O., S. 9.

⁹¹⁶ *Smith/Goggin/Gendreau*, a.a.O., S. 6.

⁹¹⁷ *Smith/Goggin/Gendreau*, a.a.O., S. 12.

Weitere Metaanalysen⁹¹⁸ liefern ähnliche Ergebnisse: Der Vollzug der Freiheitsstrafe wirke auf den Rückfall leicht schädlicher als, bestenfalls so gut wie, die Sanktionen ohne Freiheitsentzug. Kontrovers ist andererseits der Effekt der vollzogenen Länge der Freiheitsstrafe. Es bestünden demnach verschiedene Effektgrößen für verschiedene Tätergruppen⁹¹⁹. Die intermediären Sanktionen sind differenziert zu beurteilen. Die auf Individualabschreckung gezielten Sanktionen, wie z. B. das Programm „Scared Straight“, in dem junge Täter ein Gefängnis besuchen und die Strafgefangene dort ihnen den Horror des Gefängnislebens farbenfroh sowie detailliert erzählen, hätten keine signifikante Auswirkung auf den Rückfall erzielt. Das Gleiche gilt für die Sanktionen mit intensiver Überwachung, wie z. B. unangekündigten Hausbesuchen durch einen Bewährungshelfer zur Kontrolle der Einhaltung von Bewährungsweisungen. Dagegen steige der Prozentsatz der Rückfälle um ca. 8 Prozentpunkte, wenn die intermediäre Sanktion strenge Disziplin betone, wie z. B. die Bootcamps, bei denen die Straftäter einem harten militärischen Training und harter Arbeit unterliegen⁹²⁰.

Zu beachten ist, dass die meisten Primärstudien in diesen Metaanalysen im Hinblick auf die Kontrolle der Selektionsverzerrung unbefriedigend sind. Obwohl alle Autoren der Metaanalysen darauf verweisen, die Qualität der Primärstudien beeinflusse die Resultate nicht maßgeblich, so dürften ihre Kriterien für „gute Qualität“ zu kurz greifen. Als „von guter Qualität“ bezeichnen sie neben dem randomisierten Experiment auch weitere Studiendesigns mit, je nach der Studie, 1 bis 5 Risikofaktoren als Kontrollvariablen⁹²¹. Allerdings können nur gut konzipierte und gut durchgeführte – also nicht alle – Experimente als ideales Studiendesign zur Kontrolle der Selektionsverzerrung dienen. Bei den genannten Metaanalysen werden alle gefundenen Experimente wohl wegen deren geringer Anzahl ungeachtet der Qualität verwendet, was die Validität der Metaanalyse beeinträchtigt. Für die nicht-experimentellen Studien erscheint schon die erforderliche Zahl von kontrollierten Risikofaktoren angesichts des komplizierten Entscheidungsprozesses der straf-

⁹¹⁸ Andrews/Zinger/Hoge u. a., *Criminology* 28 (1990), 369 (384); Lipsey, *Victims & Offenders* 4 (2009), 124 (137); Jonson, *The Impact of Imprisonment on Reoffending*, 2010, S. 136; zusammenfassend Lipsey/Cullen, *Annual Review of Law and Social Science* 3 (2007), 297 (301); Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 434–439; Cullen/Jonson/Nagin, *The Prison Journal* 91 (2011), 48S–65S (57S–58S); Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 283–289.

⁹¹⁹ Jonson, *The Impact of Imprisonment on Reoffending*, 2010, S. 179.

⁹²⁰ Lipsey, *Victims & Offenders* 4 (2009), 124 (139, 137); Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 287 f.

⁹²¹ Andrews/Zinger/Hoge u. a., *Criminology* 28 (1990), 369 (378, 386): mindestens 1 Risikofaktor; Smith/Goggin/Gendreau, *Effects of Sanctions on Recidivism*, 2002, S. 6, 15: mindestens 5 Risikofaktoren; Jonson, *The Impact of Imprisonment on Reoffending*, 2010, S. 157: nicht angegeben; zusammenfassend Cullen/Jonson/Nagin, *The Prison Journal* 91 (2011), 48S–65S (57S–58S).

rechtlichen Sanktionen fraglich. Dass dabei auch schwache Risikofaktoren in den Primärstudien zur erforderlichen Zahl der Kontrollvariablen gezählt wurden, schadet ebenfalls der Validität der Metaanalyse. Diesen Metaanalysen liegen zudem überwiegend Primärstudien mit unzulänglichen Methoden zur Variablenkontrolle zugrunde, wie etwa Kreuztabellellierung, einfaches Matching und multivariate Regression.

Erst vor kurzem verwenden vereinzelte Metaanalysen ausschließlich qualifizierte Experimente und nicht-experimentelle Studien mit der neueren und besseren Methode zum Umgang mit der Selektionsverzerrung: das Propensity-Score-Matching. Diese Metaanalysen werden sogleich behandelt.

4.2.3. Effekt des Strafvollzugs im Vergleich zu anderen Sanktionen – Ergebnisse aus Studien hoher Qualität

Villettaz/Gillieron/Killias haben 4 randomisierte Experimente und 1 natürliches Experiment – alle gut konzipiert und durchgeführt – herausgefiltert und sie einer Metaanalyse unterzogen. Der Unterschied in den Rückfallquoten zwischen der Freiheitsstrafe und anderen Strafen ohne Freiheitsentzug erzielt *keine statistische Signifikanz*, obwohl sich die Effektgröße leicht zuungunsten des Strafvollzugs neigt⁹²².

Die Metaanalyse von *Villettaz/Gillieron/Killias* hat 8 Propensity-Score-Analysen zusammengefasst. Daraus geht hervor, dass die Rückfallquote nach den freiheitsentziehenden Sanktionen *signifikant höher* als die nach den Sanktionen ohne Freiheitsentzug liegt. Der Unterschied sei aber klein (Odds-Ratio = 0,693, entspricht einem Verhältnis von ca. 22 % vs. 30 %, 41 % vs. 50 % oder 62 % vs. 70 %, je nach der Vergleichsgruppe)⁹²³.

Aus den beiden Studiendesigns hoher Qualität (gutem Experiment und Propensity-Score-Matching) ergeben sich also widersprüchliche Ergebnisse. Der Grund könnte darin liegen, dass die Primärstudien in der Metaanalyse von *Villettaz/Gillieron/Killias* hinsichtlich der Matching-Variablen noch aufzubessern sind. Die Analyse von *Bales/Piquero* etwa verwendete als Matching-Variablen nur einen der stärksten Risikofaktoren⁹²⁴, nämlich die kriminelle/antisoziale Vorgeschichte⁹²⁵. Entsprechendes gilt für die Analyse von *Nieuwbeerta/Nagin/Blokland*, die einen zweiten Risikofaktor, den Familienstand, mit einbezogen haben. Dieser wurde aber lediglich im Hinblick auf den statischen Stand, d. h., das

⁹²² *Villettaz/Gillieron/Killias*, Reoffending, 2015, S. 42 f.

⁹²³ *Villettaz/Gillieron/Killias*, a.a.O., S. 44 f.

⁹²⁴ Zu den stärksten Rückfallrisikofaktoren vgl. *Bonta/Andrews*, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 45 f.

⁹²⁵ *Bales/Piquero*, Journal of Experimental Criminology 8 (2012), 71 (87).

Ob und die Länge einer Ehe, verwertet, nicht aber die Qualität der Ehe⁹²⁶, welche sich als viel einflussreicher für die Legalbewährung erwiesen hat⁹²⁷. Es ist angesichts der angeführten statistischen Regeln⁹²⁸ jedoch zu erwarten, dass sich das Ergebnis aus den Propensity-Score-Studien dem Ergebnis aus den Experimenten nähert, wenn in den Studien erster Art die Risikofaktoren für den Rückfall besser kontrolliert werden.

Letztlich fehlen auch Metaanalysen, die vor allem unter Verwendung von Experimenten und Quasi-Experimenten guter Qualität einzelne alternative Strafe, z. B. der Geldstrafe allein oder der Strafaussetzung zur Bewährung allein, mit dem Strafvollzug oder mit einer anderen alternativen Strafe vergleichen. In den angeführten Metaanalysen wurden alle alternativen Strafen entweder als eine Gesamtheit dem Strafvollzug gegenübergestellt oder nur grob in eine härtere und eine mildere Gruppe eingeteilt⁹²⁹.

4.2.4. „Dosierung“ der Freiheitsstrafe

Inzwischen gibt es zwei weitere Propensity-Score-Studien, die die spezialpräventive Wirkung der „Dosierung“, d. h., der Länge der Freiheitsstrafe, zum Gegenstand haben. Die Ergebnisse der einzelnen Studien sind aber inkonsistent⁹³⁰. Die eine Studie mit einer großen Stichprobe von 4.096 Gefangenen in den Niederlanden hat keinen Unterschied im Rückfall zwischen Freiheitsstrafe verschiedener Länge festgestellt⁹³¹. Dagegen hat die andere Studie mit einer Stichprobe von 1.989 Gefangenen im US-Bundesstaat Ohio nur dann einen moderaten rückfallreduzierenden Effekt der längeren Freiheitsstrafe im Vergleich zur kürzeren eingeschätzt, wenn die Freiheitsstrafe ziemlich lang ist: Die Rückfallrate nach einem Strafvollzug von bis zu 3 Jahren liege um ca. 8,7 % bis 10,5 % höher als die nach einem von über 5 Jahren, während die Länge der vollzogenen Freiheitsstrafe, soweit sie 3 Jahre nicht überschreitet, keinen signifikanten Unterschied in der Rückfallrate ergebe. Dabei stelle ein Strafvollzug von 4 Jahren einen Übergang dar. Er weise eine höhere Rückfallrate auf als ein Strafvollzug von über 5 Jahren, aber eine niedrigere als einer von bis zu 3 Jahren, während sich die beiden Unterschiede als insignifikant darstellen würden⁹³².

⁹²⁶ Nieuwbeerta/Nagin/Blokland, *Journal of Quantitative Criminology* 25 (2009), 227 (244 f.).

⁹²⁷ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 143–144, 45.

⁹²⁸ S. 179.

⁹²⁹ Andrews/Zinger/Hoge u. a., *Criminology* 28 (1990), 369 (383); Smith/Goggin/Gendreau, *Effects of Sanctions on Recidivism*, 2002, S. 9; Villettaz/Killias/Zoder, *Reoffending*, 2006, S. 31–35; Jonson, *The Impact of Imprisonment on Reoffending*, 2010, S. 110; Villettaz/Gillieron/Killias, *Reoffending*, 2015, S. 42–45.

⁹³⁰ Loughran/Paternoster/Weiss, in: Piquero (Hrsg.), *Handbook*, 2016, S. 50 (64 f.).

⁹³¹ Snodgrass/Blokland/Haviland u. a., *Criminology* 49 (2011), 1149 (1175–1177, 1170).

⁹³² Meade/Steiner/Makarios u. a., *Journal of Research in Crime and Delinquency* 50 (2013), 525 (538 f.).

Der Grund für die Unstimmigkeiten der Forschungsergebnisse könnte darin liegen, dass die erste Studie die Stichprobe nicht weiter differenziert, wenn der Strafvollzug über 1 Jahr dauert. Daher ist das Verhältnis zwischen einem Strafvollzug von 1, 2 oder 3 Jahren einerseits und einem über 5 Jahre nicht zu ermitteln. Die zweite Studie ist freilich hinsichtlich der Kontrolle der Selektionsverzerrung auch unbefriedigend, weil dabei in erster Linie der statische Risikofaktor „kriminelle Historie“, nicht aber die dynamischen Faktoren kontrolliert wurden. Die dynamischen Risikofaktoren bleiben während des Strafvollzugs aber nur selten unverändert, insbesondere wenn der Vollzug über 5 Jahre dauert. Man kann also nicht feststellen, welche der beiden Studien glaubwürdiger sei.

4.2.5. Zwischenergebnis

Aus den angeführten Studien ergibt sich, dass die vorliegenden Beweise *weder für noch gegen* einen besseren rückfallreduzierenden Effekt von härteren Strafen sprechen, wenn als „härter“ ein Vollzug der Freiheitsstrafe (im Verhältnis zu anderen Strafen ohne Freiheitsentzug), ein längerer Vollzug der Freiheitsstrafe (im Verhältnis zu einem kürzeren) oder eine ambulante Sanktion mit mehr Auflagen oder intensiverer Überwachung (im Vergleich zu einer mit weniger Auflagen oder lockerer Überwachung) definiert wird. Dies liegt zum Teil daran, dass Primärstudien guter Qualität, insbesondere mit dem Design von Experiment oder Quasi-Experiment unter hinreichender Kontrolle der Selektionsverzerrung (etwa in Form einer Propensity-Score-Analyse oder eines natürlichen Experiments), immer noch zu wenig vorhanden sind. In den angeführten Metaanalysen werden 17 Experimente und 9 qualifizierte Quasi-Experimente (davon 8 Propensity-Score-Studien und 1 natürliches Experiment) verwertet⁹³³. Für ein höchst komplexes Thema wie der rückfallreduzierende Effekt der Strafe, die in vielfältigen Arten und auf verschiedene Menschengruppen angewendet wird, reicht die Menge der daraus gewonnenen Erkenntnisse bei weitem nicht aus, um die für die Kriminalpolitik und Strafzumessung relevanten Unterschiede festzustellen.

Viele Fragen bleiben offen: Wie wäre die Effektschätzung der Freiheitsstrafe aus den verbesserten Quasi-Experimenten? Würde sie sich, wie beim Experiment, als insignifikant herausstellen? Würden Experimente dagegen eine signifikante Effektstärke ergeben, sollten sie so große Stichproben wie die Propensity-Score-Studien haben? Wenn ja, wie stark wäre der Effekt? Hätte eine Strafe eine einheitliche Wirkungsrichtung oder -größe auf Menschen mit verschiedenen Eigenschaften? Wann und wie wirkt welche Strafe auf

⁹³³ Jonson, The Impact of Imprisonment on Reoffending, 2010, S. 107; Villettaz/Gillieron/Killias, Reoffending, 2015, S. 43.

wen⁹³⁴?

Um diese Fragen zu beantworten, werden viel mehr Studien benötigt, die hinsichtlich der Stichprobe, Messung und Kontrolle von Variablen große Fortschritte machen⁹³⁵. Erst danach kann man beurteilen, ob die spezialpräventive Wirkung der Strafe, wenn überhaupt, eine individual-abschreckende oder resozialisierende ist⁹³⁶ und ob die in der deutschsprachigen Kriminologie und Strafrechtswissenschaft verbreitete Annahme, „Austauschbarkeit der Sanktionen“⁹³⁷, als bestätigt oder widerlegt angesehen werden kann.

Man kann allenfalls den Schluss ziehen, dass empirische Untersuchungen nach der spezialpräventiven Wirkung der Strafe doch durchführbar sind⁹³⁸.

4.3. Forschung zur Straftäterbehandlung

Trotz des Paradigmenwechsels⁹³⁹ von „Nothing works“ zu „Making what works work“ wird in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft sowie der Kriminologie die Wirkung der resozialisierenden Straftäterbehandlung noch heute teilweise mit denselben oder ähnlichen Argumenten wie die gegen die Wirkung der Sanktionen bezweifelt. Man wendet etwa ein, die Wirkung der Straftäterbehandlung lasse sich empirisch nicht nachweisen. Die Wirkung gehe nicht von den Behandlungsmaßnahmen, sondern von den „sozialen Verhältnissen vor und nach Strafhaft“ aus⁹⁴⁰. Die Wirkung der Straftäterbehandlung sei schwach⁹⁴¹, instabil⁹⁴² oder schwerlich nachhaltig⁹⁴³. Sie bewirke „allenfalls unter sehr günstigen Umständen“ etwas bei bestimmten Tätergruppen und auf ihren Bedürfnissen zugeschnittenen Programmen⁹⁴⁴ und erziele auch dann nur „bescheidene Erfolge“⁹⁴⁵. Einen regelmäßigen Erfolg könne „auch ein gut organisierter und üppig finanzierter Straf-

⁹³⁴ S. 150.

⁹³⁵ Villettaz/Gillieron/Killias, Reoffending, 2015, S. 8 f.

⁹³⁶ S. 178.

⁹³⁷ Fn. 891.

⁹³⁸ Vgl. die Bedenken dagegen bei Fn. 890.

⁹³⁹ Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 226–238; Lösel, in: Bliesener/Lösel/Köhnken (Hrsg.), Lehrbuch, 2014, S. 529 (530 f.); vgl. auch Fn. 756.

⁹⁴⁰ Albrecht, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 57.

⁹⁴¹ Hörnle, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch, 2019 (10); Hörnle, Straftheorien, 2011, S. 21; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 87; Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 276; Albrecht, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 57; Bock, JuS 1994, 89 (94).

⁹⁴² Killias/Kuhn/Aebi, Grundriss der Kriminologie, 2. Aufl. (2011), Rn. 1138 f.; Hörnle, Straftheorien, 2011, S. 21 f.

⁹⁴³ Hörnle, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch, 2019 (10).

⁹⁴⁴ Hirsch, Deserved Criminal Sentences, 2017, Section 1.4.

⁹⁴⁵ Hörnle, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch, 2019 (10, 12); Hörnle, Straftheorien, 2011, S. 21; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 87; Roxin, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 16.

vollzug nicht bewirken⁹⁴⁶.“ Ziehe man die desozialisierenden Effekte der Strafe mit in eine Gesamtbilanz ein, so „dürfte schon die Annahme eines insgesamt zu verzeichnenden ‚Null-Effekt‘ zu optimistisch sein⁹⁴⁷.“ Sie vermöge kein Maßprinzip für die Höhe der Strafe anzubieten, da die Dauer der erforderlichen Behandlung „im Zeitpunkt des Urteilsausspruchs ganz unvorausehbar“ sei⁹⁴⁸. Schließlich stünden die Kosten und Grundrechtseingriffe der Straftäterbehandlung außer Verhältnis zu der zu erzielenden (bescheidenen) Senkung der Rückfallwahrscheinlichkeit⁹⁴⁹.

Im krassen Gegensatz zu diesen Zweifeln und im wesentlichen Unterschied zum Ergebnis der Sanktionsforschung hat sich die Straftäterbehandlung als viel erfolgversprechender erwiesen. Studien haben ergeben, unter welchen Bedingungen und bis zu welchem Umfang eine Rückfallreduzierung zu erwarten ist. Die wichtigsten Bedingungen für den vorliegenden Kontext lauten: Intervention durch menschlichen Berater (→ Abschnitt 4.3.1), die „RNR-Prinzipien“ (→ Abschnitt 4.3.2) und der Vorrang der ambulanten Sanktionen (→ Abschnitt 4.3.3).

4.3.1. Intervention durch menschlichen Berater

Das Prinzip besagt, der Rückfall lasse sich nicht durch reine Sanktion reduzieren, sondern erst durch Berater mit entsprechenden Kompetenzen in der Modifikation von Verhalten und Beziehungen⁹⁵⁰. Psychotherapeuten, Fachärzte und Heilpraktiker für Psychotherapie als Berater sind wünschenswert, aber nicht zwingend, da sich auch die Praktiker im Bewährungs- und Vollzugsdienst mit Blick auf die erforderlichen Fertigkeiten trainieren lassen⁹⁵¹. Experimente zeigen, dass schon ein 3-tägiges Training die Fertigkeiten der hauptamtlichen Bewährungshelfer signifikant verbessert, sodass deutlich weniger ihrer „Kunden“, der von ihnen betreuten Straftäter, rückfällig wurden, verglichen mit den Kunden von ihren Kollegen aus der Kontrollgruppe (25 % vs. 39,5 %) ⁹⁵². Das müsste für die Strafrechtspflege finanziell sowie personell entlastend wirken und zerstreut teilweise

⁹⁴⁶ Hörnle, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch, 2019 (12).

⁹⁴⁷ Hörnle, a.a.O., Rn. 11.

⁹⁴⁸ Horn, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 27.

⁹⁴⁹ Hörnle, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch, 2019 (Rn. 10 f.); Hörnle, in: FS Roxin, 2011, S. 3 (17); Hörnle, Strafrecht, 2011, S. 22 f.; vgl. Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 276.

⁹⁵⁰ Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 46 f.; Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 176–178.

⁹⁵¹ Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 407–408, 414–417; Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 257–272.

⁹⁵² Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 267 f.

den Einwand, Resozialisierung sei zu aufwendig und zu kostenintensiv⁹⁵³.

Zudem wird mit dem „menschlichen Berater“ unterstrichen, dass reine Sanktionen keine beachtliche Resozialisierungswirkung erzielen können, weil sie sich kaum mit den wesentlichen Risikofaktoren befassen, ungeachtet dessen, ob sie sich nach der gerechten Vergeltung, Abschreckung oder Verfahrensfairness ausrichten⁹⁵⁴. Eine neuere Metaanalyse mit insgesamt 374 Gruppenvergleichen zeigt, dass sich der Prozentsatz der Rückfälle nach einer reinen Sanktion im Durchschnitt um 3 Prozentpunkte *erhöht* und nach einer auf Beratung basierenden Straftäterbehandlung um 12 Prozentpunkte *vermindert*⁹⁵⁵. Das Prinzip von der „Intervention durch menschlichen Berater“ stellt zudem die Voraussetzung für die weiteren Prinzipien einer effektiven Reduzierung vom Rückfallrisiko dar, weil diese erst durch einen Berater umgesetzt werden können.

4.3.2. Die RNR-Prinzipien

Das Risikoprinzip, Bedürfnisprinzip und das generelle Ansprechbarkeitsprinzip werden zusammen als „the Risk-Need-Responsivity Principles“, oder kurz: „*RNR Principles*“, bezeichnet. Sie stellen den Kern für eine erfolgreiche Straftäterbehandlung dar⁹⁵⁶.

Risikoprinzip (engl.: Risk Principle): Nach diesem Prinzip muss die Intensität der resozialisierenden Behandlung auf das Rückfallrisiko des Täters zugeschnitten werden. Je höher das Rückfallrisiko liegt, desto intensiver soll die Behandlung sein, um es auf ein akzeptables Niveau zu senken. Dagegen bleiben die risikoarmen Straftäter auch ohne Behandlung risikoarm. Eine intensive Behandlung wirkt sich auf die risikoarmen Straftäter kaum besser aus als eine minimale Behandlung und in manchen Studien wirkt sie sogar kontraproduktiv⁹⁵⁷. Aus der Metaanalyse von *Bonta/Andrews* geht hervor, dass der Prozentsatz des Rückfalls von hochriskanten Straftätern nach denselben Behandlungsprogrammen im Schnitt um 10 Prozentpunkte und von risikoarmen Tätern nur um 3 Prozentpunkte sinkt⁹⁵⁸. Dies hat zweifellos eine Implikation für die Praxis, insbesondere wenn es um eine effiziente Verteilung der Ressourcen geht.

⁹⁵³ Hörnle, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), Handbuch, 2019 (11); Hörnle, *Straftheorien*, 2011, S. 22; vgl. auch Hassemer/Neumann, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 276; Lösel, in: *Maguire/Morgan/Reiner* (Hrsg.), Handbook, 2012, S. 986 (988); Frisch, in: *Frisch/Vogt* (Hrsg.), *Prognoseentscheidungen*, 1994, S. 55 (66–70).

⁹⁵⁴ *Bonta/Andrews*, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 178.

⁹⁵⁵ *Bonta/Andrews*, a.a.O., S. 229 f.

⁹⁵⁶ *Bonta/Andrews*, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 176; Lösel, in: *Bliesener/Lösel/Köhnken* (Hrsg.), Lehrbuch, 2014, S. 529 (538).

⁹⁵⁷ *Bonta/Andrews*, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 176, 178–180; *Andrews/Bonta*, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 47–48, 263–264, 292–293.

⁹⁵⁸ *Bonta/Andrews*, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 234, 230.

Bedürfnisprinzip (engl.: Need Principle): Das Prinzip beruht darauf, dass man sich mit den kriminogenen Bedürfnissen des Täters befasst, wenn man sein Rückfallrisiko reduzieren will. *Kriminogene Bedürfnisse* sind die dynamischen Risikofaktoren⁹⁵⁹; grundsätzlich sind sie die „Central Eight“⁹⁶⁰ mit Ausnahme der kriminellen Vorgeschichte. Eine Verbesserung von weiteren äußeren oder inneren Umständen des Täters mag zwar aus humanitären Gründen wünschenswert sein. Sie trägt nach dem Bedürfnisprinzip aber wenig zur Resozialisierung bei, soweit diese Umstände nicht kriminogen sind, d. h., wenn sie keinen oder nur schwachen Risikofaktor darstellen, z. B. Sozialklasse, chronische Erkrankung, negative Emotionen (etwa Angst und Traurigkeit), schwere psychische Störungen (etwa Schizophrenie und bipolare Störung) und Selbstwertgefühl⁹⁶¹. Die Metaanalyse von *Bonta/Andrews* zeigt, dass nach den resozialisierenden Maßnahmen, unter Einhaltung des Bedürfnisprinzips, eine *Reduzierung* des Rückfallrisikos um 19 Prozentpunkte und bei Verletzung des Bedürfnisprinzips eine *Steigerung* um 1 Prozentpunkt zu erwarten ist⁹⁶².

Generelles Ansprechbarkeitsprinzip (engl.: General Responsivity Principle): Das Prinzip hebt die Tatsachen hervor, dass Straftäter Menschen und Straftaten menschliche Verhalten sind. Was sich als zuverlässige Methoden zur Modifikation menschlichen Verhaltens erwiesen hat, z. B. die kognitive Verhaltenstherapie und das sozial-kognitive Lernen, soll folglich auch für die Straftäterbehandlung gelten. Diese Methoden setzen vor allem folgende Strategien ein: „Modellieren, Verstärkung, Rollenspiel, Kompetenzbildung, Modifikation des Denkens und Emotionen durch kognitive Restrukturierung und Einübung von neuen sowie risikoarmen alternativen Verhalten in einer Vielfalt von risikoreichen Situationen, bis man sie sehr gut beherrscht“⁹⁶³. Aus der Metaanalyse von *Bonta/Andrews* ergibt sich, dass der Rückfall nach den auf den Strategien der kognitiven Verhaltenstherapie oder des sozial-kognitiven Lernens basierenden Behandlungsprogrammen durchschnittlich um 23 Prozentpunkte und nach anderen Programmen nur um 4 Prozentpunkte abnimmt⁹⁶⁴.

Dieselbe Metaanalyse stellt zudem zwei wichtige Befunde fest. Der positive Effekt der Straftäterbehandlung falle umso größer aus, je mehr RNR-Prinzipien befolgt würden.

⁹⁵⁹ Zum Begriff der dynamischen Risikofaktoren, S. 153.

⁹⁶⁰ S. 161.

⁹⁶¹ *Bonta/Andrews*, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 176, 180–181, 36–38; *Andrews/Bonta*, Psychology of Criminal Conduct, 5. Aufl. (2010), S. 46, 48–49, 185–187.

⁹⁶² *Bonta/Andrews*, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 235, 230.

⁹⁶³ *Bonta/Andrews*, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 176, 180, 182; *Andrews/Bonta*, Psychology of Criminal Conduct, 5. Aufl. (2010), S. 49 f; *Lösel*, in: *Bliesener/Lösel/Köhnken* (Hrsg.), Lehrbuch, 2014, S. 529 (534).

⁹⁶⁴ *Bonta/Andrews*, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 230; *Lösel*, in: *Bliesener/Lösel/Köhnken* (Hrsg.), Lehrbuch, 2014, S. 529 (534).

Man könne bei der Befolgung von 1, 2 oder 3 RNR-Prinzipien mit einer Absenkung des Rückfalls jeweils um 2, 18 oder 26 Prozentpunkte rechnen. Falls keines der RNR-Prinzipien bei der Straftäterbehandlung Beachtung findet oder gar keine Beratung (d. h. reine Sanktion) stattfindet, dann sei ein *Anstieg* des Rückfalls um 2 Prozentpunkte zu erwarten⁹⁶⁵. Zudem erwiesen sich der letztgenannte Befund und das Ergebnis in Abschnitt 4.3.1 – die Relevanz der menschlichen Beratung – als sehr robust. Sie gelten sowohl für erwachsene, jugendliche, männliche, weibliche⁹⁶⁶, sexuelle⁹⁶⁷ und drogenabhängige⁹⁶⁸ Straftäter, obwohl die Effektstärke für unterschiedliche Gruppen unterschiedlich ausfallen.

Schon angesichts der Erkenntnisse in diesem Abschnitt und Abschnitt 4.3.1 lassen sich die meisten Zweifel⁹⁶⁹ an der Straftäterbehandlung zerstreuen: Die Wirkung der Straftäterbehandlung kann doch empirisch nachgewiesen werden. Die rückfall-reduzierende Wirkung geht tatsächlich von den resozialisierenden Maßnahmen aus. Unter Einhaltung der RNR-Prinzipien kann die Straftäterbehandlung ziemlich starken Effekt (Reduzierung der Rückfallquote um über 20 Prozentpunkte) bei einer Vielfalt von Menschengruppen zeigen.

4.3.3. Vorrang der ambulanten Sanktionen

Es gibt neben den RNR-Prinzipien noch viele Prinzipien, deren Befolgung die Resozialisierung fördert und deren Nichtbefolgung ihr schaden kann⁹⁷⁰. Für die Strafrechtspflege von besonderer Bedeutung ist das Prinzip vom *Vorrang der ambulanten Sanktionen*, welches die Wechselwirkung zwischen RNR-Prinzipien und Sanktionsart beschreibt.

Nach dem *Prinzip vom Vorrang der ambulanten Sanktionen* erfolgt die Straftäterbehandlung am besten in den Gemeinden, etwa bei einer Straf(rest)aussetzung zur Bewährung, und nicht in den Vollzugsanstalten. Metaanalysen zeigen, dass sich der Effekt der Straftäterbehandlung zwar, wie in Abschnitt 4.3.2 dargestellt, mit der Zahl der befolgten RNR-Prinzipien erhöht. Die Effektstärken in den Vollzugsanstalten, soweit noch zugunsten einer Rückfallreduzierung, sind aber viel kleiner als die in den Gemeinden. Auch bei

⁹⁶⁵ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 233, 230.

⁹⁶⁶ Bonta/Andrews, a.a.O., „Technical Note 11.2“.

⁹⁶⁷ Wakeling/Mann/Carter, *The Howard Journal of Criminal Justice* 51 (2012), 286 (289–291); Hanson/Bourgon/Helmus u. a., *Criminal Justice and Behavior* 36 (2009), 865 (886); Matthes/Eher, in: Rettenberger/Franqué (Hrsg.), *Handbuch*, 2013, S. 202 (206 f.).

⁹⁶⁸ Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 545–546, 74; Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 176, 239; Lipsey, *Victims & Offenders* 4 (2009), 124 (137).

⁹⁶⁹ S. 187.

⁹⁷⁰ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 176–183.

einer vollen Befolgung aller drei RNR-Prinzipien vermindert sich der Rückfall nach einer Straftäterbehandlung während des Strafvollzugs nur um knapp halb so viel wie nach einer in den Gemeinden (um ca. 17 % vs. 35 %). Was noch schlimmer ist, ist die Verstärkung des negativen Effekts wegen einer Missachtung aller RNR-Prinzipien in den Vollzugsanstalten. Aus dem durchschnittlichen Anstieg des Rückfalls um 2 Prozentpunkte würden so 10 Prozentpunkte⁹⁷¹. Bei jugendlichen Straftätern zeigt sich dieselbe Tendenz⁹⁷².

Damit liegt es zunächst nahe, dass die alte Befürchtung davor, dass der negative Effekt der Strafe den resozialisierenden Effekt überwiege und damit das Gefängnis zur „Schule der Verbrecher“ mache⁹⁷³, begründet ist, als man in der Vollzugsanstalt die RNR-Prinzipien missachtet. Ein anderer Einwand ist aber zurückzuweisen, der besagt, dass eine auf Resozialisierung gezielte Strafzumessung deshalb zu mehr Strafvollzug führen und damit die Belastung des Straftäters steigern könne, weil die für eine erfolgreiche Resozialisierung unabdingbare, „intensive, tief in die Persönlichkeit und die Lebensgestaltung eingreifende Einwirkung“ bei einer ambulanten Behandlung „wegen des fehlenden Leidensdrucks schwieriger zu erreichen als unter den Bedingungen des Freiheitsentzugs“ sei⁹⁷⁴. Die Beweise zeigen das Gegenteil. Um der Resozialisierung willen sollte man möglichst auf einen Freiheitsentzug verzichten, soweit das Rückfallrisiko nicht zu hoch liegt und andere Prinzipien für die Strafzumessung es noch erlauben.

4.3.4. Einfluss des Studiendesigns

Wie bei der Forschung zum Sanktionseffekt⁹⁷⁵ muss man bei der Straftäterbehandlung nach dem Einfluss des Studiendesigns auf die Effektschätzung fragen. Insbesondere ist auf eine Selektionsverzerrung⁹⁷⁶ zu achten, weil das Risikoprinzip es verlangt, die Intensität der Behandlung an das Rückfallrisiko anzupassen.

Zwei Metaanalysen stimmen hierin überein. Betrachte man nur die Studien mit besserem Design bzw. besserer Kontrolle über die Störvariablen, so zeigen sich die daraus ergebenden Effektstärken etwas kleiner als die Durchschnittseffekte, während die wichtigs-

⁹⁷¹ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 230, 233; Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 362.

⁹⁷² Lipsey, *Victims & Offenders* 4 (2009), 124 (143); Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 238.

⁹⁷³ Appert, *Geheimnisse*, 1851, S. 20; Reusche, *Gefängnisstudien*, 1894, S. 76; Liszt, *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung*, 1898, S. 16; dazu bei Fn. 947.

⁹⁷⁴ Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 88.

⁹⁷⁵ S. 198.

⁹⁷⁶ S. 179.

ten Ergebnisse unverändert sind⁹⁷⁷: (1) Je konsequenter die RNR-Prinzipien eingehalten werden, desto weniger Straftäter werden rückfällig. (2) Der Strafvollzug vermindert den Effekt der Straftäterbehandlung.

4.3.5. „Dosierung“ der Straftäterbehandlung

Für eine spezialpräventive Strafzumessung ist es auf der empirischen Ebene, neben der Validität der Rückfallprognose und der Behandlungswirkung, schließlich entscheidend, nach der Dosierung („wie viel“) der Straftäterbehandlung zu fragen, die für eine ausreichende Reduzierung der Rückfallwahrscheinlichkeit benötigt wird. Der Forschungsbedarf besteht nicht nur deshalb, weil erst durch Dosierungsrichtlinien das Risikoprinzip verwirklicht werden kann. Auch in der deutschen Strafrechtswissenschaft wird teilweise der Einwand erhoben, die Spezialprävention sei als Maßprinzip für die Strafhöhe „völlig ungeeignet“, da die erforderliche Dauer eines Behandlungsprozesses im Zeitpunkt des Urteilsausspruches ganz unvorhersagbar sei⁹⁷⁸.

Lipsey hat die erste Metaanalyse zur Dosierung durchgeführt. Er befasst sich mit den hochriskanten jugendlichen Tätern, wobei als „hochriskant“ die vorbestraften, beim Jugendgericht auffällig gewordenen oder gewalttätigen Jugendlichen definiert werden. Das Ergebnis aus insgesamt 200 derartigen Studien bestätigt nicht nur den Effekt der RNR-Prinzipien. Es stellt sich zudem heraus, dass die Dauer des Behandlungsprogramms zusätzlich zur Rückfallverhütung beiträgt. In den Vollzugsanstalten kann etwa eine Behandlungsdauer von über 6 Monaten den Rückfallprozentsatz innerhalb des 1-jährigen Beobachtungszeitraums zusätzlich um 8 Prozentpunkte und eine Behandlungsdauer von über 2 Jahren ihn noch zusätzlich um 5 Prozentpunkte verringern, nachdem der Effekt der RNR-Prinzipien berücksichtigt wurde⁹⁷⁹.

Nähere Dosierungseffekte hat eine Studie von *Bourgon/Armstrong* festgestellt, in der als Behandlungsgruppe 490 und als Vergleichsgruppe 130 erwachsene männliche Strafgefangenen mit einer Freiheitsstrafe unter 2 Jahren als Stichprobe dienten. Sie erhielten im Gefängnis eine kognitive Verhaltenstherapie. Der Beobachtungszeitraum nach der Entlassung dauerte 1 Jahr an. Im Rahmen einer logistischen Regression schätzte die Studie, dass der Rückfall alle 20 Therapiestunden um 1,7 Prozentpunkte sinke⁹⁸⁰. Dies war aber das durchschnittliche Ergebnis für alle Risikogruppen. Die Dosierungseffekte für verschiede-

⁹⁷⁷ *Andrews/Zinger/Hoge u. a.*, *Criminology* 28 (1990), 369 (383, 386); *Lipsey*, *Victims & Offenders* 4 (2009), 124 (137).

⁹⁷⁸ *Horn*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: Januar 2001), § 46, Rn. 27.

⁹⁷⁹ *Lipsey*, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 564 (1999), 142 (162).

⁹⁸⁰ *Bourgon/Armstrong*, *Criminal Justice and Behavior* 32 (2005), 3 (15).

ne Risikohöhen werden wie folgt berechnet⁹⁸¹:

- 1) Für die *niedrig bis moderat riskanten* Straftäter (hier: mit maximal 22 Punkten beim Prognoseinstrument „LSI-OR“⁹⁸² und maximal 3 kriminogenen Bedürfnissen) soll ein Behandlungsprogramm mit einer Dauer von 100 Stunden ausreichen, um die Rückfallquote von 28 % auf 12 % zu reduzieren.
- 2) Für die *hochriskanten* Straftäter (hier: mit maximal 30 Punkten beim LSI-OR und mindestens 2 kriminogenen Bedürfnissen) benötige man 200 Therapiestunden, um die Rückfallquote von 44 % auf 30 % zu senken.
- 3) Für die *extrem hochriskanten* Straftäter (hier: mit mehr als 20 Punkten beim LSI-OR und mindestens 3 kriminogenen Bedürfnissen) brauche es 300 Stunden Behandlung, um die Rückfallquote von 59 % auf 38 % herabzusetzen.

Wolle man noch weniger Rückfälle erreichen, etwa in den hoch- und extrem hochriskanten Gruppen, so sei eine höhere Dosierung erforderlich⁹⁸³. Außerdem zeigt die Analyse, dass eine „Unterdosierung“ für die extrem hochriskante Gruppe schädlich sein kann. Ihre 1-jährige Rückfallquote würde von 59 % auf 62 % steigen, sollten sie nur 100 Therapiestunden erhalten⁹⁸⁴. Schließlich besteht eine weitere Relevanz dieser Studie darin, dass auch im Gefängnis eine erfolgreiche Straftäterbehandlung zu erwarten ist, wenn die RNR-Prinzipien eingehalten werden⁹⁸⁵.

Nachfolgende Untersuchungen – auch in Bezug auf erwachsene Täter im Kontext der Straf(rest)aussetzung zur Bewährung und auf jugendliche Strafgefangene mit Tötungsdelikt – kamen zu ähnlichen Ergebnissen:

- 1) Die Rückfallwahrscheinlichkeit falle prinzipiell umso niedriger aus, an je mehr Therapieeinheiten der Straftäter teilgenommen habe⁹⁸⁶.
- 2) 100 bis 149 Stunden kognitive Verhaltenstherapie seien für die *niedrig-moderat riskanten* Straftäter (hier: mit 14 bis 23 Punkten beim Instrument „LSI-R“) angemessen. Bei einer Unterdosierung würden mehr von ihnen rückfällig, während

⁹⁸¹ Bourgon/Armstrong, a.a.O., S. 16–18.

⁹⁸² Level of Service—Ontario Revised.

⁹⁸³ Bourgon/Armstrong, a.a.O., S. 23.

⁹⁸⁴ Bourgon/Armstrong, a.a.O., S. 19.

⁹⁸⁵ Bourgon/Armstrong, a.a.O., S. 21.

⁹⁸⁶ Kroner/Takahashi, Legal and Criminological Psychology 17 (2012), 136 (144); Sperber/Latessa/Makarios, Criminal Justice and Behavior 40 (2013), 338 (345); Duwe, Journal of Offender Rehabilitation 57 (2017), 1 (12).

eine intensivere Dosierung von bis 199 Stunden nicht mehr helfe⁹⁸⁷. Eine noch höhere Dosierung wurde aber wegen der Knappheit der Stichprobe nicht getestet.

- 3) 150 bis 199 Stunden kognitive Verhaltenstherapie nutzen den *moderat riskanten* Straftäter (hier: mit 24 bis 33 Punkten beim LSI-R) am besten. Bei einer Unterdosierung würden mehr von ihnen rückfällig, während eine intensivere Dosierung von bis 249 Therapiestunden nicht besser helfe. Eine Überdosierung von 250 Therapiestunden oder mehr wirke sich aber kontraproduktiv aus⁹⁸⁸.
- 4) Mindestens 200 Stunden kognitive Verhaltenstherapie würden benötigt, um die Rückfallquote der *moderat-hoch bis hoch riskanten* Straftäter (hier: mit 34 oder mehr Punkten beim LSI-R) auf ein ähnliches Niveau wie die der moderat riskanten zu senken⁹⁸⁹. In einer anderen Studie beträgt das Minimum 250 Therapiestunden⁹⁹⁰. Dagegen wirke sich in den beiden Studien eine Dosierung von unter 200 Stunden kontraproduktiv auf diese Risikogruppe aus. Ihre Rückfallquote liege höher als bei der intensiver behandelten und der nicht behandelten Vergleichsgruppe.
- 5) Entsprechendes gilt für die jugendlichen Straftäter mit schweren oder besonders schweren Taten. Aus einer Propensity-Score-Studie, bei der als „schwer“ eine Vorgeschichte von bewaffneten Delikten, mindestens drei Verbrechen oder einer ehemaligen langfristigen Unterbringung wegen des Verbrechens, definiert wird, geht hervor, dass es eine entscheidende Rolle spielen soll, ob a) die kriminogenen Bedürfnisse des Jugendlichen gezielt behandelt wurden, und zwar mit ausreichenden b) Therapiewochen sowie c) gesamten Therapiestunden. Die Rückfallquote der Gruppe, die alle drei Kriterien erfüllt hat, ist signifikant niedriger ausgefallen als die der Vergleichsgruppe (46.5 % vs. 56.2 %) ⁹⁹¹. Aus einer anderen Propensity-Score-Studie, bei der als „besonders schwer“ eine Tötung oder bewaffnete Tötung bezeichnet wird, hat sich ergeben, dass über 200 Stunden kognitive Verhaltenstherapie erforderlich seien, um ihr Rückfallrisiko auf ein signifikant niedrigeres Niveau als die nicht behandelte Vergleichsgruppe herabzusetzen.

⁹⁸⁷ Makarios/Sperber/Latessa, *Journal of Offender Rehabilitation* 53 (2014), 334 (343).

⁹⁸⁸ Makarios/Sperber/Latessa, a.a.O., S. 343 f.

⁹⁸⁹ Sperber/Latessa/Makarios, *Criminal Justice and Behavior* 40 (2013), 338 (343 f.); Sperber/Latessa/Makarios, *Justice Research and Policy* 15 (2013), 123 (133). Die Autoren beschreiben die Kriterien für die Risikoeinstufung erst in einem nachfolgenden Aufsatz: Makarios/Sperber/Latessa, *Journal of Offender Rehabilitation* 53 (2014), 334 (340).

⁹⁹⁰ Makarios/Sperber/Latessa, a.a.O., S. 344.

⁹⁹¹ Baglivio/Wolff/Howell u. a., *Journal of Criminal Justice* 55 (2018), 46 (55).

Bemerkenswert ist dabei, dass sich eine Unterdosierung, wenn auch insignifikant, noch schädlicher als keine Behandlung überhaupt auswirke⁹⁹².

Diese Ergebnisse legen nahe, dass – entgegen *Horn*⁹⁹³ – die Dauer der erforderlichen Behandlung im Zeitpunkt des Urteilsausspruchs doch voraussehbar ist und Maßprinzip für die Höhe der Strafe doch daraus geschlossen werden kann⁹⁹⁴, wenn sich der Blick, anstatt auf die Wirkung der Strafe, auf die der Straftäterbehandlung richtet.

Darüber hinaus richtet sich eine Kosten-Nutzen-Kritik gegen die Straftäterbehandlung, dass es effektiver wäre, „die Gelder, die heute in die Strafjustiz fließen, stattdessen in z. B. frühkindliche Förderung zu investieren“⁹⁹⁵. Diese Kritik wird durch die Erkenntnisse vom Abschnitt 4.3.1 bis hierher weitgehend, wenn nicht völlig, entkräftet. Denn bei der Straftäterbehandlung geht es um klar definierte Personengruppen, bei denen nachgewiesen worden ist, dass unter Beachtung von bestimmten Prinzipien bereits wenige Hundert Therapiestunden zu einer erheblichen Reduzierung des Rückfallrisikos führen können. Dem Argument für die frühkindliche Förderung fehlt hingegen jede Beweisführung dafür, wie die frühkindliche Förderung einen Effekt im Sinne einer Reduzierung des Kriminalitätsrisikos auf wen, in welchem Zeitraum und zu welchem Ausmaß erzielen kann.

4.3.6. Moderatorvariablen für den Dosierungseffekt

Neuerdings gibt es vereinzelte Studien, die den Moderatorvariablen für das Verhältnis zwischen der Therapiedosierung und der Rückfallquote nachgegangen sind. Statistisch heißt eine Moderatorvariable, die die Richtung oder Stärke des im Fokus stehenden Effekts der erklärenden Variable auf die erklärte (Ergebnis-)Variable verändert⁹⁹⁶.

Moderatorvariablen für den Dosierungseffekt könnten der Zeitpunkt der Teilnahme am Behandlungsprogramm und der neue Strafvollzug sein. Eine neuere Studie hat ergeben, dass der Strafgefangene an umso mehr Behandlungsprogrammen teilnehme, je früher er während der Unterbringung sein erstes Programm absolviert. Wenn ein Straftäter wegen einer neuen Verurteilung ins Gefängnis muss, d. h., wenn er nicht von einem ins andere Gefängnis verlegt wird, habe er eine deutlich höhere Wahrscheinlichkeit, mehr Behandlungsprogramme zu besuchen. Es zeigt sich, je mehr Therapieeinheiten der Strafgefangene während der Inhaftierung erhält, desto weniger wahrscheinlich wird ein

⁹⁹² *Haerle*, *Youth Violence and Juvenile Justice* 14 (2014), 1 (15).

⁹⁹³ *Horn* bei Fn. 948.

⁹⁹⁴ Vgl. das Beispiel auf S. 199 f.

⁹⁹⁵ *Hörnle* bei Fn. 949.

⁹⁹⁶ *Rovai/Baker/Ponton*, *Social Science Research Design and Statistics*, 2. Aufl. (2014), S. 173.

Rückfall⁹⁹⁷.

Darüber hinaus hat eine Studie von *Sperber/Lowenkamp* nahegelegt, dass ein spezifisches Element der kognitiven Verhaltenstherapie, nämlich das Rollenspiel, eine wichtige Moderatorvariable des Zusammenhangs zwischen Therapiestunden und Rückfall darstellt. Beim Rollenspiel soll der Straftäter angemessene Reaktionen in Konfliktsituationen einüben und lernen, Empathie für die Beteiligten des Konflikts, vor allem das Opfer, zu entwickeln⁹⁹⁸. Es stellte sich heraus, dass auch eine für die einschlägige Risikogruppe angebrachte Therapiedosierung nicht bei der Rückfallverhütung helfe, wenn der Anteil von Rollenspielen am Behandlungsprogramm zu gering ist. Die Validität dieses Befunds ist aber, wie die Autoren der Studie selbst einräumen, momentan wegen der knappen Stichprobe eingeschränkt⁹⁹⁹.

5. Folgerungen für die Vorsatzabstufung

Eine Vorsatzabstufung nach den spezialpräventiven Erwägungen setzt *empirisch*¹⁰⁰⁰ voraus, dass (1) das Rückfallrisiko mithilfe der Vorsatzformen zuverlässig prognostiziert werden kann, (2) das Rückfallrisiko durch Strafen oder weiteren Maßnahmen zuverlässig reduziert werden kann und (3) die benötigte Behandlungsdauer zuverlässig eingeschätzt werden kann¹⁰⁰¹.

1) Die erste Voraussetzung ist nicht erfüllt, da es an Studien fehlt, die *alle* Vorsatzformen im Hinblick auf ihre Vorhersagekraft für den Rückfall miteinander vergleichen, obwohl *eine* Definition der Vorsatzform Absicht als „planvoller Zielanstrebung“ bei manchen Instrumenten als Rückfallrisikofaktor dient¹⁰⁰². *Eine Rückfallprognose nach den Vorsatzformen ist zurzeit nicht durchzuführen*. Studien zu diesem Thema sind jedoch möglich¹⁰⁰³.

2) Die Beweise für die zweite Voraussetzung lassen sich angesichts der anzuwendenden Mittel noch in zwei Kategorien unterteilen, nämlich: die Forschungen über die Wirkung von strafrechtlichen Sanktionen (→ Abschnitt 4.2) und die Forschungen über die Wirkung von resozialisierenden Maßnahmen (→ Abschnitt 4.3).

⁹⁹⁷ *Duwe*, Journal of Offender Rehabilitation 57 (2017), 1 (9, 12).

⁹⁹⁸ Vgl. *Haerle*, Youth Violence and Juvenile Justice 14 (2014), 1 (6) und oben Fn. 963.

⁹⁹⁹ *Sperber/Lowenkamp*, Journal of Offender Rehabilitation 56 (2017), 433 (445–447).

¹⁰⁰⁰ Zu den normativen Voraussetzungen vgl. S. 133–150.

¹⁰⁰¹ S. 150 f.

¹⁰⁰² S. 173.

¹⁰⁰³ S. 175.

a) Aus den Forschungen über die strafrechtlichen Sanktionen lässt sich schließen, dass sich der Vollzug der Freiheitsstrafe im Vergleich zu den anderen strafrechtlichen Rechtsfolgen (nachher: alternative Sanktionen) weder rückfall-erhöhend noch -reduzierend auswirkt, wenn lediglich die Studien unter bester Kontrolle der Selektionsverzerrung in Betracht kommen. Derartige Studien sind aber kaum vorhanden. Zieht man die zweitbesten Studien heran, wirkt der Strafvollzug leicht rückfall-erhöhend¹⁰⁰⁴. Angesichts dieser Befunde in Verbindung mit dem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte durch Strafvollzug¹⁰⁰⁵ erscheinen daher *die alternativen Sanktionen als prinzipiell vorzugswürdig*, es sei denn, das Rückfallrisiko im Einzelfall zeigt sich so hoch und akut und der zu erwartende Schaden durch den zu erwartenden Rückfall so schwerwiegend, dass eine Sicherung durch den Strafvollzug als erforderlich erscheint.

b) Dies wird verstärkt durch die Ergebnisse aus den Forschungen über die Straftäterbehandlung, dass die resozialisierenden Maßnahmen im Gefängnis auch bei Beachtung der RNR-Prinzipien einen viel kleineren Wirkung entfalten als bei alternativen Sanktionen und bei deren Nicht-Beachtung zu einer viel schädlicheren Rückfallquote führen¹⁰⁰⁶. Die Theorie der Spezialprävention kann also *Richtlinien für die Strafart* aufstellen, soweit es nur um eine Auswahl zwischen dem Strafvollzug und den alternativen Sanktionen geht. Diese Theorie erreicht aber schnell ihre Grenzen. Für die Auswahl zwischen der Freiheitsstrafe und einer bestimmten alternativen Sanktion oder zwischen je zwei alternativen Sanktionen können angesichts der Menge und Qualität der vorhandenen Studien zurzeit keine Schlussfolgerungen gezogen werden. Dasselbe gilt auch für den Dosierungseffekt der einzelnen Strafart¹⁰⁰⁷: zu wenige, wenn nicht keine Studien von guter Qualität stehen zur Verfügung, um zuverlässige Rückschlüsse zu ermöglichen. Das bedeutet, dass die Theorie der Spezialprävention im Moment *keine Richtlinie für das Strafmaß* anbieten kann, wenn nur die Forschung zum Sanktionseffekt in Betracht kommt. Studien zur Feststellung der rückfall-reduzierenden Wirkung von Strafart und -maß sind dennoch möglich.

3) Richtlinien für das Strafmaß können mit Vorsicht aus den Studien zum „Dosierungseffekt der Straftäterbehandlung“¹⁰⁰⁸ abgeleitet werden. Diese setzten aber *normativ* voraus, dass a) die benötigte Dauer der Behandlung eine Rolle für die Strafzumessung spielen darf, b) man einen Konsens über das akzeptable Rückfallrisiko nach der Behand-

¹⁰⁰⁴ S. 184–179.

¹⁰⁰⁵ BVerfG v. 26.2.2008, BVerfGE, 224 (239 f.); BVerfG, Urte. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92, BVerfGE, 203 (258); BVerfG, Urte. v. 25.2.1975 – 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE, 1 (47); Albrecht, Kriminologie, 4. Aufl. (2010), S. 58 f.

¹⁰⁰⁶ S. 192.

¹⁰⁰⁷ S. 185.

¹⁰⁰⁸ S. 193–196.

lung und c) über das akzeptable Rückfallrisiko am Anfang einer Strafaussetzung erzielen kann.

a) Bei der „Voraussetzung a“ geht es um den potenziellen Konflikt zwischen verschiedenen Strafzwecken, nämlich dem Schuldangemessenheit und der Spezialprävention. Nur im Rahmen der Schuldangemessenheit darf der Zweck der Spezialprävention liegen¹⁰⁰⁹. Das ist für den Fall, bei dem eine Freiheitsstrafe von unter 2 Jahren möglich ist, von besonderer Bedeutung, weil eine Strafaussetzung zur Bewährung möglich ist (§ 56 Abs. 2 StGB). In diesem Fall empfiehlt es sich, angesichts des Prinzips des Vorzugs der alternativen Sanktionen¹⁰¹⁰, eine für die Strafaussetzung zulässige Strafe zu verhängen. Bei den Straftätern mit einem so niedrigen Rückfallrisiko, dass sie mit den Worten *Liszts* „nicht besserungsbedürftig“¹⁰¹¹ sind, liegt eine Geldstrafe nahe, soweit sie gesetzlich erlaubt ist (§§ 47 iVm 40 StGB).

b) Zur „Voraussetzung b“, einem Konsens über das akzeptable Rückfallrisiko, bedarf es einer gründlichen öffentlichen Diskussion. Als Vergleichswert kann etwa die Rückfallstatistik aus den Bezugsjahren 2004, 2007 und 2010 dienen¹⁰¹²: die 3-jährige Rückfallquote der zu Geldstrafe verurteilten Straftäter liegt bei ca. 28–30 %; die 3-jährige Rückfallquote nach einer Strafaussetzung zur Bewährung liegt bei ca. 38–39 %. Selbstverständlich kann man das akzeptable Rückfallrisiko für weitere Beobachtungszeiträume, etwa von 5 Jahre oder 1 Jahr, festlegen. Mit solchen Festlegungen und den Studienergebnissen über den Dosierungseffekt der Straftäterbehandlung¹⁰¹³ lässt sich die zu erwartende Dauer der resozialisierenden Behandlung berechnen, um das Rückfallrisiko des einzelnen Täters auf ein akzeptables Niveau zu senken.

Um ein Beispiel zu nennen: Beträgt das akzeptable 1-jährige Rückfallrisiko maximal 10 %, dann würde für einen Straftäter mit einem Rückfallrisiko von 27 % mindestens 200 Therapiestunden benötigt, um es auf das akzeptable Niveau abzusenken, sofern die durch-

¹⁰⁰⁹ S. 143.

¹⁰¹⁰ Bei Fn. 1005 f.

¹⁰¹¹ S. 297.

¹⁰¹² *Jehle/Albrecht/Hohmann-Fricke u. a.*, Legalbewährung, 2016, S. 37.

¹⁰¹³ Für einen Beobachtungszeitraum von 3,4 bis 6,5 Jahren vgl. *Kroner/Takahashi*, Legal and Criminological Psychology 17 (2012), 136 (140). Für den von 5 Jahren vgl. *Duwe*, Journal of Offender Rehabilitation 57 (2017), 1 (5). Für einen Beobachtungszeitraum von 1,5 bis 3,7 Jahren vgl. *Sperber/Lowenkamp*, Journal of Offender Rehabilitation 56 (2017), 433 (440). Für einen Beobachtungszeitraum von 3 Jahren vgl. *Haerle*, Youth Violence and Juvenile Justice 14 (2014), 1 (8). Für einen Beobachtungszeitraum von 1 bis 1,5 Jahren vgl. *Sperber/Latessa/Makarios*, Criminal Justice and Behavior 40 (2013), 338 (342); *Makarios/Sperber/Latessa*, Journal of Offender Rehabilitation 53 (2014), 334 (338). Für einen Beobachtungszeitraum von 1 Jahr vgl. *Baglivio/Wolff/Howell u. a.*, Journal of Criminal Justice 55 (2018), 46 (49); *Bourgon/Armstrong*, Criminal Justice and Behavior 32 (2005), 3 (7).

schnittliche Effektstärke aus der Studie von *Bourgon/Armstrong*¹⁰¹⁴ auch hierfür gilt. Das entspricht ca. 100 Wochen, wenn der Täter 2 Therapiestunden pro Woche erhält; 50 Wochen bei 4 Therapiestunden pro Woche. Die konkrete Dauer hängt also neben dem anfänglichen und dem akzeptablen Rückfallrisiko auch von den Ressourcen der Strafrechtspflege ab.

c) Mit diesen Parametern lässt sich außerdem einschätzen, ob die benötigte Dauer der Straftäterbehandlung für eine Strafaussetzung zur Bewährung geeignet ist. Da die Dauer der Bewährungszeit bei maximal 5 Jahre liegt (§ 56a Abs. 1 StGB), müsste im Falle eines akzeptablen Rückfallrisikos von 10 % und eines anfänglichen Rückfallrisikos von über 54,2 % eine Strafaussetzung zur Bewährung ausgeschlossen sein, wenn der Täter nur 2 Therapiestunden pro Woche erhalten könnte. Bei 4 Therapiestunden pro Wochen könnte auch ein anfängliches Rückfallrisiko von maximal 98,4 % für eine Strafaussetzung zur Bewährung geeignet sein, da das zu erwartende Rückfallrisiko nach einer 5-jährigen Behandlung *ceteris paribus* bei 10 % liegt. Hier muss allerdings die „Voraussetzung c“ eingreifen, nämlich das maximal akzeptable anfängliche Rückfallrisiko, bei dem der Täter noch zur Bewährung verurteilt werden darf. Die Antwort auf diese Frage bedarf ebenfalls einer gründlichen öffentlichen Diskussion und kann hier nicht gegeben werden.

Die geschilderten Herangehensweisen, aus den Studien zum Dosierungseffekt der Straftäterbehandlung Richtlinien für die Strafzumessung abzuleiten, setzten schließlich empirisch voraus, dass hierfür hinreichende Studien im Rahmen der deutschen Strafrechtspflege unternommen werden. Derartige Studien liegen zwar zurzeit nicht vor, sind aber durchaus möglich. Wenn auch die Effektgröße und die benötigte Dauer der Straftäterbehandlung in Deutschland etwas anders als in anderen Ländern ausfallen können, erscheint die resozialisierenden Maßnahmen erfolgversprechend.

6. Zusammenfassung des Kapitels

In diesem Kapitel haben wir zunächst *Frischs* Lehre von der Vorsatzabstufung nach den spezialpräventiven Erwägungen dargestellt (→ Abschnitt 1) und darauf hingewiesen, dass heute wohl niemand – selbst nicht *Frisch* – diese Lehre vertritt (→ Abschnitt 2).

So wie jeder Zweck des Gesetzes, der eine Wirkung verfolgt, müssen sich die Theorie der Spezialprävention und die darauf beruhende Vorsatzabstufung mit den normativen und empirischen Anforderungen auseinandersetzen:

¹⁰¹⁴ S. 193.

Auf der *normativen* Ebene betrachten wir die Spezialprävention als legitimen Zweck der Strafzumessung, mit der Begründung, dass sie zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe zur Kriminalitätsverhütung und zur Fürsorge für die der Resozialisierung bedürftigen Täter beiträgt. Wir argumentierten sodann, dass der Staat, im Gegensatz zu manchen Meinungen, diesen Zweck gewissermaßen durch Zwang verwirklichen darf. Konkret: Der Staat darf eine bestimmte Art oder Höhe von Strafen verhängen, vollstrecken und vollziehen, um eine erhöhte spezialpräventive Wirkung zu erzielen, soweit andere Strafzwecke, insbesondere der Schuldausgleich, es ihm nicht verwehren. Da die Strafe einen staatlichen Zwang darstellt, werden die dadurch erzielten Wirkungen immer „erzwungen“. Der Staat darf zudem dem Straftäter ohne seine Einwilligung – in diesem Sinn zwangsweise – resozialisierende Maßnahmen aufbürden, was die Möglichkeit eröffnet, seine Bereitschaft zu und Mitwirkung an der Resozialisierung durch die Bemühungen des Beraters zu fördern. Seine Mitwirkung darf aber nicht durch andere Mittel als die verhängte oder ihm vorbehaltene Strafe erzwungen werden. Um Missverständnissen des Straftäters, er habe eine Mitwirkungspflicht bei den resozialisierenden Maßnahmen, möglichst vorzubeugen aber gleichzeitig seine freiwillige Mitwirkung zu fördern, wurden Neureglungen am Vorbild der „informierten Einwilligung“ in der Forschung am Menschen entworfen (→ Abschnitt 3.2.4).

Auf der *empirischen* Ebene erweisen sich viele Einwände¹⁰¹⁵ gegen die Spezialprävention, insbesondere die gegen die prädiktive Validität der Rückfallprognose und die Wirkung der resozialisierenden Maßnahmen, als unbegründet:

Entgegen einer üblichen Kritik ist eine hinreichend zuverlässige Rückfallprognose bereits für viele Deliktstypen und auch für die Straftäter in Deutschland möglich (→ Abschnitt 4.1.2.3 und 4.1.2.2). Die Bedeutung der Vorsatzformen für die Rückfallprognose wurde bisher nur begrenzt nachforscht, obwohl derartige Forschung methodologisch machbar ist (→ Abschnitt 4.1.4). Eine Vorsatzabstufung nach den spezialpräventiven Erwägungen lässt sich daher zurzeit nicht anstellen.

Wir haben anschließend die Studien zum rückfall-reduzierenden Effekt der Strafen angeführt und kamen zu dem Ergebnis, dass die vorliegenden Beweise *weder für noch gegen* diesen Effekt durch Strafe *per se* sprechen (→ Abschnitt 4.2).

Im Gegensatz dazu erscheinen die resozialisierenden Maßnahmen nach dem heutigen Wissensstand viel erfolgversprechender als die Strafe *per se*. Werden die Prinzipien für eine erfolgreiche Straftäterbehandlung, wie etwa die Intervention durch menschlichen Be-

¹⁰¹⁵ S. 151 f., 176 f., 187 f.; Gegennachweise vgl. S. 283–164, 187, 191–192 und 196.

rater (→ Abschnitt 4.3.1), die RNR-Prinzipien (→ Abschnitt 4.3.2) und den Vorrang von alternativen Sanktionen (→ Abschnitt 4.3.3), befolgt und genügend Therapieeinheiten angeboten (→ Abschnitt 4.3.5), kann das Rückfallrisiko zuverlässig gesenkt werden. Besteht ein Konsens über die zu bewirkende Reduzierung vom Rückfallrisiko, lässt sich die benötigte Behandlungsdauer einschätzen. Der Konsens setzt aber normative Diskussion über das akzeptable Rückfallrisiko für die Verhängung verschiedener Strafen und für den Straftäter nach den resozialisierenden Maßnahmen voraus (→ Abschnitt 5).

Überall fordern wir mehr empirische Forschung mit erhöhter Qualität, um die Bedeutung der Vorsatzformen für die Rückfallprognose, den rückfall-reduzierenden Effekt der Strafe sowie der resozialisierenden Behandlung überhaupt und letztendlich für die Straftäter in Deutschland festzustellen. Bei vielen der angeführten Studien lässt sich erkennen, dass die Thesen der Spezialprävention und der darauf beruhenden Vorsatzabstufung empirisch überprüfbar sind. Dabei kann man erwarten, dass das Prinzip der generellen Ansprechbarkeit¹⁰¹⁶ auch hier gilt: Straftäter, egal in welchem Land sie sich befinden, sind Menschen und Straftaten sind menschliche Verhalten. Was sich in anderen Ländern als zuverlässige Methoden zur Rückfallprognose und Straftäterbehandlung zeigt, müsste in ähnlicher Weise auch auf die Straftäter hierzulande wirken¹⁰¹⁷, obwohl die Vorhersagekraft von Risikofaktoren und die Effektstärke der Strafen oder Maßnahmen anders als in anderen Ländern ausfallen könnten.

¹⁰¹⁶ S. 190.

¹⁰¹⁷ Vgl. Lösel, in: *Bliesener/Lösel/Köhnken* (Hrsg.), Lehrbuch, 2014, S. 529 (534).

Kapitel 5: Vorsatzabstufung nach dem Grad der Tatherrschaft

Ein bisher nur marginal bearbeiteter Bereich der Vorsatzabstufung ist die Beziehung zwischen Vorsatzformen und Tatherrschaft. Diese Beziehung setzt aber voraus, dass die Tatherrschaft ein abstufbarer Begriff ist.

1. Abstufbarkeit der Tatherrschaft

In einem Strafrechtssystem, das zwischen dem Täter und Teilnehmer einer Straftat unterscheidet, versteht es sich von selbst, dass sich Tatbeiträge der Beteiligten unterschiedlich zeigen können und bei der normativen Auswertung unterschiedlich ins Gewicht fallen. Als Tatherrschaft werden die qualifizierten Tatbeiträge eingestuft. Dies lässt sich am Beispiel der mittelbaren Täterschaft verdeutlichen, die man etwa damit begründet, dass der Hintermann durch sein „Übergewicht“¹⁰¹⁸ oder seine „überlegene Stellung“¹⁰¹⁹ eine Tatherrschaft erlange.

Wollte man die Abstufbarkeit *innerhalb* der Tatherrschaft weiter erforschen, ergeben sich freilich nicht viele konkrete Hinweise. *Wessels/Beulke* z. B. meinen für den Fall der Ausnutzung eines schuldlosen Werkzeugs: „Da die Tatherrschaft den Beteiligten in abgestufter Form zukommen kann, hängt die Abgrenzung davon ab, ob die ‚Handlungsherrschaft‘ des unmittelbar Handelnden von der ‚Willensherrschaft‘ des Hintermannes überlagert wird“¹⁰²⁰.“ *Roxin* spricht von vier Stufen der mittelbaren Täterschaft durch Einsatz eines irrenden Vordermannes (Irrtumsherrschaft), die sich „nach der Kenntnis der Tatumstände, der materiellen Rechtswidrigkeit, der Vorwerfbarkeitselemente und des konkreten

¹⁰¹⁸ *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 653, 651 f.

¹⁰¹⁹ *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 25., Rn. 65, 7.

¹⁰²⁰ *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 538.

Handlungssinnes“ gliedern sollen¹⁰²¹. Weitere Autoren, die diese Stufen völlig¹⁰²² oder nur teilweise¹⁰²³ akzeptieren, könnten als Befürworter von Abstufungen der Tatherrschaft angesehen werden. Dazu würden wohl auch die Vertreter vom „Täter hinter dem Täter“ zählen, da nach ihrer Ansicht der Hintermann trotz der Handlungsherrschaft vom Vordermann das Gesamtgeschehen, einschließlich der Taten des Vordermannes, lenken könne¹⁰²⁴.

Weil es sich bei der Tatherrschaft in erster Linie um Kontrolle über den Kausalverlauf handelt und weil es sich aus allgemeinen Lebenserfahrungen sowie allen Wissenschaften ergibt, dass diese Kontrolle stark oder schwach, umfangreich oder begrenzt ausgeprägt sein kann, ist die Antwort wenigstens auf der sachlichen Ebene klar: *Die Tatherrschaft ist abstufbar*. Es spricht auch nichts dagegen, diese Unterschiede in die Strafzumessung mit einzubeziehen. Dies trägt vielmehr zum Schuldprinzip im Sinne der Schuldangemessenheit bei¹⁰²⁵.

2. Thesen von der Vorsatzabstufung nach dem Grad der Tatherrschaft

Der Vorsatz als solcher und seine Elemente spielen für die Tatherrschaftslehre eine entscheidende Rolle. Sie sollen als Voraussetzungen für die Tatherrschaft oder sogar als Maßstäbe für die Abstufung der Tatherrschaft dienen. Das zeigt sich deutlich bei *Mayer*, der seine Vorsatzlehre ausgerechnet „aus dem Grundgedanken der ausreichenden Willensherrschaft“ ableitet. Er geht davon aus: „Die Schuldformen Vorsatz oder Fahrlässigkeit stellen Stufen oder Grade der aktuellen Willensherrschaft über die Tat dar.“ Die Willensherrschaft bei der Fahrlässigkeit sei nur „der geringere Grad“ und die beim Vorsatz „der höhere Grad“. Die Willensherrschaft „steigert sich bis zum höchsten Grade“, wenn der Täter sicheres Wissen um die tatsächlichen Folgen und die rechtliche Bedeutung der Tat habe. Überdies sei die Willensherrschaft „herabgesetzt“, wenn der Wille nicht unmittelbar auf das Ziel gerichtet ist¹⁰²⁶. Daraus lässt sich schließen, dass für *Mayer* die Willensherr-

¹⁰²¹ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. (2015), S. 232, 221, 214, 210–211; *Roxin*, in: LK-StGB, 11. Aufl. (2003), § 25, Rn. 72; *Roxin*, in: LK-StGB, 10. Aufl. (1985), § 25, Rn. 57.

¹⁰²² *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 25, Rn. 23; *Renzikowski*, in: *Maurach*, AT 2, 8. Aufl. (2014), § 48, Rn. 23; *Schild*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 25, Rn. 117; *Kühl*, AT, 7. Aufl. (2012), S. 769 f.; *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 25, Rn. 78.

¹⁰²³ *Gropp*, AT, 4. Aufl. (2015), S. 409, Rn. 114; *Rengier*, AT, 7. Aufl. (2015), S. 384–388; *Ingelfinger*, in: HK-GS, 3. Aufl. (2013), § 25, Rn. 23; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. (2004), S. 304, Rn. 75–91.

¹⁰²⁴ *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, 31. Ed. (2016), § 25, Rn. 33; *Heinrich*, AT, 4. Aufl. (2014), Rn. 1257.

¹⁰²⁵ Oben bei Fn. 74.

¹⁰²⁶ *Mayer*, AT, 1953, S. 250, 244; *Mayer*, AT, 1967, S. 116, 130.

schaft sowohl mit dem Grad des Wissens als auch mit der Zielsetzung zunehmen würde.

Neben *Mayer* besprechen viele Lehren, auch die h. M., den Zusammenhang zwischen den Vorsatzelementen und der Tatherrschaft, insbesondere mit Blick auf die mittelbare Tatherrschaft.

2.1. Wissen und Tatherrschaft

2.1.1. Voraussetzung für die Tatherrschaft

Schünemann bezeichnet das Wissenselement des Vorsatzbegriffs als „Voraussetzung von Tatherrschaft“ oder „Merkmal der Steuerungskapazität¹⁰²⁷.“ *Jescheck/Weigend* diskutieren anscheinend über die „Finalität“. Ihrer Definition der Finalität liegt aber die Beziehung des Wissens zur Tatherrschaft zugrunde. „Finalität (Steuerungsfähigkeit) nennt man die Fähigkeit des Menschen, den Lauf der Dinge im Voraus zu überblicken, Kausalvorgänge geistig vorwegzunehmen und das Geschehen durch eigenes Handeln auf ein Ziel hinzulenken“. Richtig verstanden umfasse die Finalität „den gesamten Bereich des Vorsatzes, schließt aber auch die bewusste Fahrlässigkeit ein, weil diese trotz der an sich unerwünschten Folgen im Bereich der Handlungssteuerung liegt.“ „Durch das Handeln im Bewusstsein der möglichen Folgen werden diese immerhin als denkbare Resultate der vom Menschen selbst in Gang gesetzten und gesteuerten Kausalität erkannt¹⁰²⁸.“ Daraus lässt sich schließen, dass *Jescheck/Weigend* wie *Schünemann* das Wissen als eine Voraussetzung für die Steuerung des Kausalverlaufs ansehen.

2.1.2. Maßstab für die Abstufung der Tatherrschaft

Das Wissenselement hat in der Lehre aber mehr Bedeutung als eine Voraussetzung für die Tatherrschaft; sie kann auch anhand des Wissens abgestuft werden. Für *Schünemann* etwa erfolgt eine Abstufung „vom sicheren Wissen über die Wahrscheinlichkeitsprognose bis zur Möglichkeitskenntnis, die ebenfalls eine noch ausreichende Steuerungskapazität vermittelt¹⁰²⁹.“

Der beste Nachweis für die Tatherrschaftsabstufung anhand des Wissens könnte sein, dass eine mittelbare Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens heute als allgemein anerkannt gilt. Zum Kernbereich der Wissensherrschaft gehört wohl die „Ausnutzung eines

¹⁰²⁷ *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (371, 374).

¹⁰²⁸ *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 304 f.

¹⁰²⁹ *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (371).

vorsatzlosen Werkzeugs“, obwohl man über ihre Reichweite streitet¹⁰³⁰. Ein klassisches Beispiel: Wenn „einer ahnungslosen Krankenschwester von dem arglistigen Arzt eine vergiftete Spritze übergeben wird, durch deren auftragsgemäße Injektion der Patient zu Tode kommt“, wird der Arzt nach der h. M. als mittelbarer Täter eines Totschlags bzw. Mordes bestraft¹⁰³¹.

2.1.3. Täter hinter dem Täter

Geht es um die Frage, ob auch beim Vorliegen eines vorsätzlichen sowie voll-verantwortlichen Ausführenden wiederum eine mittelbare Täterschaft des Hintermannes kraft des überlegenen Wissens anzunehmen sei, stößt man auf einen immer noch umstrittenen Begriff, „Täter hinter dem Täter“¹⁰³². Für seine Befürworter hängt die Tatherrschaft des Hintermannes in manchen Fällen von Ausprägungen des Vorsatzes, insbesondere des Wissens, ab:

B veranlasst den arglosen A, ein wertvolles Kunstwerk von C wegzuwerfen oder zu vernichten, indem B ihm vorspiegelt, es sei nur eine wertlose Nachahmung.

Hier wird der Vordermann A nach allen Ansichten wegen Handlungsherrschaft als unmittelbarer Täter einer Sachbeschädigung bestraft. Für viele, wenn nicht alle, soll der Hintermann B wegen „Irrtumsherrschaft“ ein mittelbarer, und zwar im Vergleich zum Vordermann ein „erheblich schwerer zu bestrafender“ Täter einer Sachbeschädigung sein. Man geht etwa davon aus, dass das vom Vorsatz des Vordermannes umfasste Unrechts- und Schuldmaß viel kleiner sei als das des Hintermannes, weil nur Letzterer den eigentlichen Wert des Kunstwerkes kennt. Er allein überblickt den „konkreten Handlungssinn“, dirigiert die eigentliche Schadensherbeiführung und steht damit auf einer höheren Herrschaftsstufe als der Vordermann A¹⁰³³.

¹⁰³⁰ Gropp, AT, 4. Aufl. (2015), S. 410; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. (2015), S. 170; Joecks, StGB, 11. Aufl. (2014), § 25, Rn. 23; Joecks, in: MK-StGB, 2. Aufl. (2011), § 25, Rn. 105; Wessels/Beulke, AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 537; Freund, AT, 2. Aufl. (2009), S. § 10 Rn. 56–58; Roxin, in: LK-StGB, 11. Aufl. (2003), § 25, Rn. 72; Hoyer, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: März 2000), § 25, Rn. 61; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 670–672.

¹⁰³¹ Schünemann, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 25, Rn. 80.

¹⁰³² Gegen „Täter hinter dem Täter“: Krey/Esser, AT, 6. Aufl. (2016), Rn. 940; Otto, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. (2004), § 21 Rn. 89–92; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 691.

¹⁰³³ Unter anderem: Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. (2015), S. 711; Schünemann, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 25, Rn. 98 f.; Roxin, in: LK-StGB, 11. Aufl. (2003), § 25, Rn. 97 f. Siehe auch: Gropp, AT, 4. Aufl. (2015), § 10, Rn. 147–151; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 25, Rn. 23; Joecks, StGB, 11. Aufl. (2014), § 25, Rn. 45; Schild, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 25, Rn. 117; Kühl, AT, 7. Aufl. (2012), S. 769 f. – Gegenmeinungen: Rengier, AT, 7. Aufl. (2015), S. 386; Ingelfinger, in: HK-GS, 3. Aufl. (2013), § 25, Rn. 23.

2.1.4. Risikoirrtum

Ebenso im Kontext der „Irrtumsherrschaft“ hat *Roxin* in der ersten Auflage von »Täterschaft und Tatherrschaft« die Fallkonstellation „Risikoirrtum“ gebildet, die den Inhalt des Wissens als einen der Maßstäbe anführt:

A und B finden auf dem Dachboden einen Blindgänger aus den Kriegszeit. A möchte die Bombe in den Garten werfen, befürchtet aber, dass sie beim Aufprall explodieren und den dort arbeitende C verletzen könne. B, der Sprengstoff-Fachmann, zerstreut seine Bedenken, indem B ihm unter Hinweis auf seine Sachkunde vorspiegelt, eine Explosion sei nicht sehr wahrscheinlich. In der Tat weiß B, dass die Bombe mit höchster Wahrscheinlichkeit explodieren und den C verletzen oder töten wird, was er auch will, weil C seit Langem sein Feind ist. A bleibt sich zwar der konkreten Möglichkeit des Erfolgseintritts bewusst, schätzt das Risiko falsch ein und wirft infolgedessen die Bombe in den Garten, die explodiert und den C tötet¹⁰³⁴.

Egal, ob man die Handlung des Vordermannes A als eine mit (Eventual-)Vorsatz oder nur mit Fahrlässigkeit begangene beurteilt, stellt *Roxin* bei der Verurteilung des Hintermannes B auf die kausale Beziehung zwischen der Täuschung und dem Tatentschluss ab. Hätte A auch dann nicht anders gehandelt, wenn er gewusst hätte, was B über das Risiko weiß, könne B allenfalls als Teilnehmer bestraft werden¹⁰³⁵. Hätte A die Bombe dann nicht hinuntergeworfen, wäre B ein mittelbarer Täter hinter dem unmittelbaren Täter. Denn das größere Kausalwissen gestatte dem B „eine sinn gestaltende Überdetermination“ oder „Überformung des Handlungsgeschehens“, die ihm die Tatherrschaft verleihe. Dagegen lädt der Ausführende nur einen geminderten Schuldgehalt im Vergleich zum Hintermann auf sich. „Dort“, führt *Roxin* aus, „wo die Risikofrage für den Entschluss des Täters überhaupt relevant ist, nimmt die Schuld im selben Verhältnis ab, in dem die Wahrscheinlichkeit einer Tatbestandsverwirklichung nach den Vorstellungen des Handelnden geringer wird¹⁰³⁶.“

Die Fallkonstellation „Risikoirrtum“ ist für uns insofern von Bedeutung, als das überlegene Risikowissen des Hintermannes eine höhere Tatherrschaft ermöglicht, auch wenn ein bedingt vorsätzlicher Vordermann vorliegt. Über den Risikoirrtum wird seitdem jedoch nur wenig diskutiert.

¹⁰³⁴ Das Beispiel aus: *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. (2015), S. 220 f.

¹⁰³⁵ *Roxin*, a.a.O., S. 221 f.

¹⁰³⁶ *Roxin*, a.a.O., S. 224 f.

So schließt *Hoyer* sich *Roxin* an und bejaht eine mittelbare Täterschaft, wenn der Hintermann den Erfolgseintritt vorhergesehen hat, er aber den Vordermann zu einer geringeren, „wenngleich für *dolus eventualis* hinreichend ho[hen]“ Risikoeinschätzung gebracht habe. „Hätte der Vordermann bei zutreffender Risikoeinschätzung die Tathandlung unterlassen, so ermöglichte das überlegene Wissen von dem eigentlichen Bedeutungsgesamt der Tat deren Steuerung durch den Hintermann¹⁰³⁷.“

Spricht man bei *Hoyers* Ansicht von einem einfachen „Mehr an Vorsatz“ des Hintermannes, so verlangt *Joecks*, „dass der Hintermann ein signifikantes ‚Mehr‘ an Wissen hat.“ „Dies ist dann der Fall, wenn er mit *dolus directus* 2. Grades handelt, während der Vordermann mit *dolus eventualis* agiert“, oder wenn „der Hintermann *dolus eventualis* aufweist, während der Vordermann bewusst oder unbewusst fahrlässig handelt.“ Ansonsten drohe der Tatherrschaftslehre ihre präzisen Konturen zu verlieren¹⁰³⁸.

Frister stimmt dagegen zu, dass Irrtümer des Vordermannes über das bloße Ausmaß des tatbestandlichen Unrechts einen „Täter hinter dem Täter“ hervorbringen könnten. Während *Hoyers* sowie *Joecks* das Beispiel *Roxins* zitieren, bietet *Frister* einen neuen Fall an: Auch B sei mittelbarer Täter, obwohl A unmittelbarer Täter einer schweren Brandstiftung (§ 306a I Nr. 1 StGB) ist, „wenn A ein Wohnhaus nur anzündet, weil B ihm vorspiegelt, dass die [...] Bewohner alle verreist seien und deshalb das Risiko der Tötung oder Verletzung eines Menschen gering wäre.“ Ausschlaggebend sei nur, ob der Hintermann ungeachtet des Willens des Ausführenden über die Begehung der Tat entscheiden könne¹⁰³⁹.

Ebenfalls will *Schild* denjenigen als mittelbaren Täter bestrafen, der einem einfältigen Anderen das Risiko einer Handlung in seinem Ausmaß geringer darstellt und ihn zu einem gefährlichen Verhalten veranlasst, das einen Dritten schädigt. *Schild* weist aber auf keinen konkreten Fall hin und diskutiert nicht darüber, inwieweit das Wissen des Hintermannes mehr als das des Vordermannes sein müsse¹⁰⁴⁰.

Die sonstigen Vertreter vom „Täter hinter dem Täter“ diskutieren weder über Risiko-irrtum noch über die Fälle, die unter diesen Begriff subsumiert werden können. Üblicherweise wird dabei der „Täter hinter dem Täter“ ausdrücklich auf die von den jeweiligen Autoren genannten Fällen beschränkt. Die h. M. bejaht nur Organisationsherrschaft und

¹⁰³⁷ *Hoyer*, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: März 2000), § 25, Rn. 68 f.

¹⁰³⁸ *Joecks*, in: MK-StGB, 2. Aufl. (2011), § 25, Rn. 108 f.

¹⁰³⁹ *Frister*, AT, 7. Aufl. (2015), Rn. 4; *Frister*, AT, 7. Aufl. (2015), Rn. 13.

¹⁰⁴⁰ *Schild*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 25, Rn. 117.

Ausnutzung eines vermeidbaren Verbotsirrtums des Ausführenden¹⁰⁴¹. So gesehen wären die meisten Autoren und die h. M. gegen eine Tatherrschaft des Hintermannes, der den Risikoirrtum des Vordermanns herbeiführt.

Selbst *Roxin* redet nach der ersten Auflage der »Täterschaft und Tatherrschaft« nicht mehr vom Risikoirrtum. Nicht in dem bedeutsamen Beitrag »Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter“«, wo er viele Kritikpunkte einging und wichtige Veränderungen an seiner Lehre vornahm¹⁰⁴². Auch nicht in der einflussreichen Kommentierung zu § 25 StGB im Leipziger Kommentar, wo er das ganze System der Irrtumsherrschaft erneut ausführlich niederlegte¹⁰⁴³. Auch in seinem klassischen Lehrbuch¹⁰⁴⁴ sowie im ergänzenden Schlussteil der neuesten Auflage von »Täterschaft und Tatherrschaft« bespricht er den Risikoirrtum nicht mehr¹⁰⁴⁵.

2.1.5. Selbstbeschädigung und -gefährdung

Man könnte darüber hinaus eine Parallele zur Fallgruppe der Selbstbeschädigung und -gefährdung ziehen. Diesbezüglich macht der *BGH* deutlich: „Wer lediglich den Akt der eigenverantwortlich gewollten und bewirkten Selbstgefährdung [...] veranlaßt“, bleibe für die Strafbarkeit wegen Tötung oder Körperverletzung straflos. Dabei sei eine Selbstgefährdung „gewollt“, wenn sie eine „erstrebte, als sicher vorausgesehene oder in Kauf genommene“ sei. Für den *BGH* beginnt die Strafbarkeit des Veranlassenden als mittelbaren Täters erst dort, wo er „kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Gefährdende“¹⁰⁴⁶. Viele sind der Meinung, dass bei vorsätzlicher Selbstbeschädigung oder -gefährdung eine mittelbare Täterschaft dann vorliege, wenn der Hintermann den Irrtum des sich selbst Gefährdenden ausnutzt oder ihm eine niedrigere Risikohöhe vortäuscht¹⁰⁴⁷. In einem Täuschungsfall, in dem der Täter dem Opfer gegenüber das Risi-

¹⁰⁴¹ *Schmidt*, AT, 15. Aufl. (2016), S. 384–387; *Gropp*, AT, 4. Aufl. (2015), S. 415 f; *Hilgendorf/Valerius*, AT, 2. Aufl. (2015), § 9 Rn. 47–52; *Kaspar*, AT, 2015, Rn. 542–547; *Rengier*, AT, 7. Aufl. (2015), S. 384–388; *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 25, Rn. 22 ff; *Renzikowski*, in: *Maurach*, AT 2, 8. Aufl. (2014), § 48, Rn. 23; *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 540–542; *Haft*, AT, 9. Aufl. (2004), S. 201 f; *Weber*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 11. Aufl. (2003), § 29, Rn. 142–146.

¹⁰⁴² *Roxin*, in: FS Lange, 1976, S. 173; Veränderungen auf S. 188.

¹⁰⁴³ *Roxin*, in: LK-StGB, 10. Aufl. (1985), § 25, Rn. 57–82; *Roxin*, in: LK-StGB, 11. Aufl. (2003), § 25, Rn. 72–105.

¹⁰⁴⁴ *Roxin*, AT 2, 2003, § 25 Rn. 94–104.

¹⁰⁴⁵ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. (2015), S. 731–736.

¹⁰⁴⁶ *BGH*, Urt. v. 14.2.1984 – 1 StR 808/83, BGHSt, 262 (265).

¹⁰⁴⁷ *Hilgendorf/Valerius*, AT, 2. Aufl. (2015), § 9 Rn. 27–33; *Kindhäuser*, StGB, 6. Aufl. (2015), § 25, Rn. 11; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 45. Aufl. (2015), Rn. 778; *Fischer*, StGB, 61. Aufl. (2014), § 25, Rn. 8; *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 25, Rn. 12; *Heinrich*, AT, 4. Aufl. (2014), S. 556 f.; *Fischer*, StGB, 60. Aufl. (2013), § 25., Rn. 5a; *Kühl*, AT, 7. Aufl. (2012), S. 752.

ko des Drogenkonsums bagatellisiert, „dessen wahres Ausmaß er sehr wohl kennt“, zieht *Schünemann* folgenden Schluss: „Offensichtlich ist hier die Kenntnis vom höheren Risiko als eine höhere Form der Geschehensbeherrschung qualifiziert und letztlich ein Fall der mittelbaren Täterschaft¹⁰⁴⁸.“ *Renzinowski* schließt dagegen die Möglichkeit, dass eine mittelbare Täterschaft des Hintermannes auch bei einer vorsätzlichen Selbstgefährdung vorliegen kann, aus¹⁰⁴⁹.

2.1.6. Die zu überprüfenden Thesen

Für die vorliegende Arbeit ist es allerdings ohne Belang, wie viel Diskussion über den Risikoirrtum stattgefunden hat oder ob *Roxin* diesen Begriff weiterhin vertritt. Es geht darum, aus den Lehren der Tatherrschaft einige – noch zu überprüfenden – Thesen für die Vorsatzabstufung zu gewinnen, wie etwa:

Wer voraussieht, dass seine Handlung mit höherer Wahrscheinlichkeit einen tatbestandsmäßigen Geschehensablauf herbeiführen wird, und trotzdem jene Handlung ausführt, hat mehr Kontrolle über diesen Geschehensablauf und verdient damit eine schwerere Strafe.

Angesichts dieser These ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es irrelevant ist, ob der Begriff „Täter hinter dem Täter“, sei es in seinem vollen Umfang, sei es nur seine Unterkategorie „Risikoirrtum“, mit dem Verantwortungsprinzip unvereinbar und daher unzulässig ist, wie man es ihm üblicherweise vorwirft¹⁰⁵⁰. Denn auch seine Kritiker, wie etwa *Jescheck/Weigend*, erlauben im Vergleich zum Vordermann eine schwerere Bestrafung des Hintermannes, wenngleich nur als Anstifter, „wenn er den Unrechtsgehalt der Tat im Unterschied zum Täter voll übersieht“¹⁰⁵¹. Auch *Puppe*, die der Rechtsfigur „Täter hinter dem Täter“ keinen Befall schenkt¹⁰⁵², will den Hintermann, der den Vordermann durch Täuschung über das Ausmaß der Gefahr zum Handeln veranlasst, schärfer bestrafen, da er gegenüber dem Vordermann „eine überlegene Position in Bezug auf den Erfolgseintritt“ habe¹⁰⁵³. Eine Strafzumessung anhand der Deutlichkeit der Voraussicht ist also, zumindest normativ, allgemein anerkannt.

Die folgende Diskussion bezieht sich infolgedessen vor allem auf die empirische Seite. Hat derjenige, der ein höheres Risiko seiner Handlung voraussieht, tatsächlich mehr

¹⁰⁴⁸ *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 25, Rn. 111.

¹⁰⁴⁹ *Renzinowski*, in: *Maurach*, AT 2, 8. Aufl. (2014), § 48, Rn. 94.

¹⁰⁵⁰ S. oben bei Fn. 1030.

¹⁰⁵¹ *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 691.

¹⁰⁵² *Puppe*, AT, 3. Aufl. (2016), § 24, Rn. 26.

¹⁰⁵³ *Puppe*, a.a.O., § 24, Rn. 11.

Kontrolle über den Geschehensablauf als derjenige, der das Risiko seiner Handlung geringer einschätzt?

Bevor wir uns mit dieser Frage befassen, sind die Thesen zum Wollenselement des Vorsatzes gleichfalls aus der Tatherrschaftslehre zu gewinnen. Denn die Thesen zum Wissens- und Wollenselement, ähneln sich sehr und die meiste empirische Forschung behandelt die beiden Elemente in einem gemeinsamen Kontext.

2.2. Wollen und Tatherrschaft

Im Verhältnis zum Wissenselement wird dem Wollenselement in den Tatherrschaftslehren viel mehr Aufmerksamkeit geschenkt. Am deutlichsten erkennt man dies an der Figur „Willensherrschaft“. Trotzdem findet man hinsichtlich der Frage, ob bei gleicher Risikokenntnis des Vorder- und Hintermanns eine intensivere Form des Wollens dem Hintermann eine (mittelbare) Tatherrschaft verleihen kann, noch weniger Diskussion als über den Zusammenhang zwischen Wissen und Tatherrschaft.

2.2.1. Ausnutzung eines vorsatzlosen Ausführenden

Zur heutigen h. M. gehört, wie dargelegt, dass die Ausnutzung eines vorsatzlos Ausführenden eine mittelbare Täterschaft des vorsätzlichen Hintermannes begründen kann¹⁰⁵⁴. Es ist auch grundsätzlich möglich, dass in diesem Fall der Ausführende und der Hintermann die Wahrscheinlichkeit des Erfolges im gleichen Maße voraussehen und nur ihre inneren Einstellungen zum Erfolg unterschiedlich sind, sodass etwa der Ausführende mit bewusster Fahrlässigkeit und der Hintermann mit *dolus eventualis* oder Absicht handelt. In den von der h.M. angeführten Beispielen handelt es sich aber entweder um einen „nichtsahnenden“, „ahnungslosen“ bzw. „gutgläubigen“ Vordermann oder um eine Täuschung über Risikohöhe¹⁰⁵⁵. Dabei kommt bestenfalls eine unbewusste Fahrlässigkeit in Betracht. Auf jeden Fall stehen die beiden im Hinblick auf die Risikokenntnis um den Tatbestandserfolg nicht auf einem Niveau. Aus der h.M. dürfte man also keinen direkten Rückschluss hinsichtlich der Ausgangsfrage schließen.

¹⁰⁵⁴ Bei Fn. 1030.

¹⁰⁵⁵ *Frister*, AT, 7. Aufl. (2015), § 27 Rn. 7; *Gropp*, AT, 4. Aufl. (2015), S. 410, Rn. 122; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. (2015), S. 170; *Schild*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 25, Rn. 91; *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 537; *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 25, Rn. 80; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 666.

2.2.2. Mittelbare Tatherrschaft aufgrund intensiverer Form des Wollens

Roxin hat sich in der ersten Auflage seiner Monografie »Täterschaft und Tatherrschaft« gegen die Ausgangsfrage ausgesprochen. „Wenn Handelnder und Hintermann den Sachverhalt in gleicher Weise übersehen“, kann der Umstand, dass der Hintermann „größ[e] Gleichgültigkeit gegenüber dem Erfolge oder gar [...] ihn beabsichtigt hat, [...] ihm die Herrschaft über das Geschehen nicht verschaffen“, auch wenn der Vordermann leichtsinnigerweise auf das Ausbleiben des Erfolges vertraut und sein Verhalten nur als bewusst fahrlässig bewertet wird. Denn bei übereinstimmender Kenntnis der Erfolgchance könne der Hintermann „nicht über seinen [hier: Vordermannes] Kopf hinweg das Geschehen steuern¹⁰⁵⁶“. Emotionen und innere Einstellungen hätten „nicht die geringste Auswirkung auf den Kausalverlauf¹⁰⁵⁷“.

Diese Ansicht widerlegt *Roxin* selbst ausdrücklich im Leipziger Kommentar. Nun behauptet *Roxin* in diesem Fall eine mittelbare Täterschaft des Hintermannes. „Denn dem auf das Ausbleiben eines Erfolges leichtsinnig Vertrauenden fehlt es [...] für eine eigene Tatherrschaft nötigen Hemmungsmotiven.“ Der vorsätzliche Hintermann stelle hier den Dirigierenden („*spiritus rector*“) dar¹⁰⁵⁸.

Neben *Roxin* besprechen nur eine Handvoll Autoren diese Konstellation, namentlich *Schünemann*, *Ingelfinger* und *Heine/Weißer*. Sie schließen sich der neuen Ansicht *Roxins* an¹⁰⁵⁹.

Genauer betrachtet geht es allerdings in diesem Fall nicht um einen Vergleich zwischen Vorsatzformen, sondern zwischen bewusster Fahrlässigkeit und *dolus eventualis* anhand der Ausprägung des Wollens.

2.2.3. Ausnutzung eines „absichtslos-dolosen Werkzeugs“

Einen Vergleich zwischen Vorsatzformen, und zwar anhand der Ausprägung des Wollens, gibt es bei der kontroversen Konstellation vom „absichtslos-dolosen Werkzeug“. Wenn z. B. „der Wegnehmende beim Diebstahl seinem Auftraggeber die Sache nicht absichtlich, sondern nur [...] mit *dolus eventualis* zueignet“, sprechen *Heine/Weißer* dem Hintermann eine normative Tatherrschaft zu, mit der Begründung, dass „erst die in seiner

¹⁰⁵⁶ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. (2015), S. 189 f.

¹⁰⁵⁷ *Roxin*, a.a.O., S. 187 f.

¹⁰⁵⁸ *Roxin*, in: LK-StGB, 10. Aufl. (1985), § 25, Rn. 62, 78; *Roxin*, in: LK-StGB, 11. Aufl. (2003), § 25, Rn. 77; *Roxin*, AT 2, 2003, § 25 Rn. 65.

¹⁰⁵⁹ *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 25, Rn. 83; *Ingelfinger*, in: HK-GS, 3. Aufl. (2013), § 25, Rn. 22; *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 25, Rn. 16.

Person gegebene besondere Absicht das Verhalten des Ausführungstäters zur tatbestands-erfüllenden Handlung komplettiere¹⁰⁶⁰.“

Dieses Beispiel kann aber kaum behilflich sein. Zum einen könnte dem Vordermann schon die Tatherrschaft abgesprochen werden, weil *dolus eventualis* keine Zueignungsabsicht begründet. Dies wäre auch dann der Fall, wenn man bei der falschen Verdächtigung (§ 164 StGB) für die Absicht, ein behördliches Verfahren herbeizuführen, und bei der Begünstigung (§ 257 StGB) für die Absicht der Vorteilssicherung¹⁰⁶¹ auch das sichere Wissen ausreichen lässt. Der absichtslos-dolose Vordermann ist stets ein tatbestandslos handelndes Werkzeug. Er hat trotz wichtigen Tatbeitrags keine Herrschaft über eine Tatbestandsverwirklichung¹⁰⁶². Es findet demzufolge keine Abstufung *innerhalb der Tatherrschaft* statt.

Zum anderen vermag dieses Beispiel auch dann keinen sinnvollen Vergleich zu liefern, wenn man dem Vordermann eine Tatherrschaft zusprechen wollte. Ein Vergleich zwischen Vorsatzformen anhand der Ausprägung des Wollens, der zugleich eine Abstufung innerhalb der Tatherrschaft darstellt, wäre zwar anscheinend gegeben, wenn der Vorder- sowie Hintermann die Zueignung gleichermaßen für möglich halten, aber nur der Hintermann sich das Ziel zu eigen macht. Genauer besehen beziehen sich hier die beiden „Möglichkeiten“ auf unterschiedliche Gegenstände: Hält der Ausführende die (Dritt-)Zueignung für möglich, ist ihm nicht sicher, *ob der Hintermann ein Recht auf die wegzunehmende Sache hat*. Hält der Hintermann die (Selbst-)Zueignung für möglich, ist ihm vielmehr nicht sicher, *ob der Vordermann den Auftrag erfüllt*. Gelingt es dem Vordermann, ist eine unbefugte Zueignung für den Hintermann aber sicher! Er weiß nämlich genau, dass er kein Recht auf die wegzunehmende Sache hat. Da zwei Komponenten – das Wissens- und Wollenselement – gleichzeitig variieren, lassen sich ihre Auswirkungen auf die Abstufung der Tatherrschaft nur schwer voneinander trennen.

2.2.4. Die zu überprüfenden Thesen

Dass man bislang bei der Suche nach einer juristisch einschlägigen Begründung nicht fündig wird, hindert diejenigen, der eine Beziehung zwischen der Tatherrschaft und der Ausprägung vom Wollen trotz alledem behaupten will, nicht daran, vorerst reine Hypo-

¹⁰⁶⁰ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 25, Rn. 19. Kritisch: Gropp, AT, 4. Aufl. (2015), § 10 Rn. 128; Hoyer, in: SK-StGB, Losebl. (Stand: März 2000), § 25, Rn. 47. Darstellung ohne Stellungnahme: Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 25, Rn. 4; Schünemann, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 25, Rn. 140.

¹⁰⁶¹ OLG Hamm, Beschl. v. 14.5.2013 – III-5 RVs 39/13, 5 RVs 39/13 (Rn. 26); Roxin, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 14; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 298.

¹⁰⁶² Vgl. Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 665 f; Gropp, AT, 4. Aufl. (2015), § 10 Rn. 128.

thesen zu stellen und dann den Blick auf empirische Unterstützung zu richten. Die Thesen könnten so aussehen:

Wer einen tatbestandsmäßigen Geschehensablauf als Ziel erstrebt, hat mehr Herrschaft über ihn, als wenn er, unter sonst gleichen Umständen, den möglichen Geschehensablauf nur in Kauf nimmt oder wenn es ihm gleichgültig ist, ob dieser realisiert wird.

Oder, allgemein formuliert:

Gibt es eine Ausprägung vom Wollen, die, unter sonst gleichen Umständen, zu einer stärkeren oder schwächeren Ausprägung der Tatherrschaft führt?

Im Folgenden werden diese Thesen überprüft.

3. Empirische Erkenntnisse

3.1. Die Attributionstheorie

Der Gedanke, die Erfolgskontrolle anhand des Wissens und Wollens abzustufen, kommt außerhalb der Rechtswissenschaft auf. Wie man diesen Gedanken umsetzt, gehört unter dem Namen „Attributionstheorie“ (engl.: „attribution theory“) längst zu den Kernthemen der Sozial- und Moralpsychologie¹⁰⁶³.

So bemerken die Vertreter der Attributionstheorie bereits gegen Mitte des 20. Jahrhunderts, dass der Mensch bessere Kontrolle über die Zukunft zu bekommen versuche, indem er einem Geschehen eine Erklärung oder einen Sinn beimisst. Generell neige man dazu, das Geschehen auf einen Handelnden, seine Intention und Persönlichkeit zurückzuführen, anstatt auf äußere Faktoren. Die Kenntnisse und Fähigkeit des Handelnden seien maßgebend für eine Zuschreibung der Intention. Ein Beobachter schreibe dem Handelnden eine Intention zu, wenn er zu der Überzeugung kommt, dass der Handelnde den Erfolg seiner Handlung kenne und in der Lage ist, den Erfolg herbeizuführen. Man sehe oft in der Intention ein Indiz für eine entsprechende Persönlichkeit. Einer intentionalen Aggression z. B. würde demnach häufig eine aggressive Persönlichkeit zugrunde liegen. Man schütze die Gesellschaft vor weiterem Schaden, indem die „Ursache“, insbesondere

¹⁰⁶³ Vgl. den Hinweis darauf bei *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (376).

der intentionale und böse Handelnde, unter Strafe gestellt wird¹⁰⁶⁴.

3.2. Vorsatzelemente und Strafzumessung

In den Forschungen zur Attributionstheorie kommen häufig hypothetische Handlungen, nicht selten Straftaten, als Vignetten zum Einsatz. Der Experimentator manipuliert die Eigenschaften der Vignetten wie z. B. das Vorliegen und die Höhe des Schadens, das Vorliegen und die konkrete Ausprägung des Wissens oder des Wollens vom Täter, Tatmittel, Tatort, Tatzeit, Vortat- oder Nachtatverhalten usw. Der Experimentator beobachtet, wie die Probanden auf unterschiedliche Szenerien reagieren, z. B. in welchem Grade sie dem Täter tadeln bzw. bestrafen wollen.

Robinson/Darley zeigen in den 1990er-Jahren in einem Experiment, dass die subjektiven Merkmale des Handelnden, unter anderem seine Wahrscheinlichkeitsprognose, starke Auswirkungen auf die Strafzumessung durch die Probanden üben. Die Probanden messen dem Täter einer Brandstiftung durchschnittlich 3,8 Jahre Haft zu, der die Zerstörung eines fremden Hauses durch den Brand für praktisch sicher und erwünscht hält, aber sie nicht erstrebt; aber nur 1,2 Jahre Haft in dem Fall, dass der Täter diese Möglichkeit unter sonst gleichen Umständen für nur wesentlich hält. Eine ähnliche Tendenz – eine zwei- bis dreifache Strafhöhe – ist ebenfalls zu sehen, wenn sich die Ungewissheit auf das Vorliegen einer Einwilligung oder die Minderjährigkeit eines sexuellen Partners bezieht¹⁰⁶⁵. Dagegen lässt sich die Auswirkung des Wollens auf die Strafzumessung nicht deutlich erkennen, weil in den einschlägigen Vignetten neben der Ausprägung vom Wollen auch die Art der Ausführung gleichzeitig variiert¹⁰⁶⁶. Dieser Mangel ist mit klar gestalteten Vignetten in künftiger Forschung überwindbar.

3.3. Vorsatzelemente und volitionale Erfolgskontrolle

Alicke erarbeitet aus den empirischen Befunden der Attributionstheorie ein „Modell der verschuldeten Kontrolle“ (engl.: „culpable control model“). Demnach schreibe man einem Handelnden ein schädliches Ereignis zu, wenn er eine „persönliche Kontrolle“ über

¹⁰⁶⁴ Vgl. *Hewstone*, in: *Hewstone* (Hrsg.), *Attribution Theory*, 1983, S. 1 (5); *Lalljee/Abelson*, in: *Hewstone* (Hrsg.), *Attribution Theory*, 1983, S. 65 (65); *Moscovici/Hewstone*, in: *Hewstone* (Hrsg.), *Attribution Theory*, 1983, S. 98 (123); *Aronson/Wilson/Akert*, *Social Psychology*, 8. Aufl. (2013), S. 88 f; *Laurent/Núñez/Schweitzer*, *Journal of Experimental Social Psychology* 60 (2015), 27 (36).

¹⁰⁶⁵ *Robinson/Darley*, *Justice, Liability, and Blame*, 1995, S. 88, 94–95, 247–252.

¹⁰⁶⁶ Vgl. Szenerie 1 und 2 der Studie 10 bei sowie Szenerie 1 und 2 der Studie 16 bei *Robinson/Darley*, a.a.O., S. 105–108, 171–172, 254, 274.

dieses habe. Die persönliche Kontrolle bestehe aus drei Elementen, nämlich dem mentalen Zustand, der Handlung und den Konsequenzen. Aus der Verbindung von je zwei Elementen ergäben sich *drei Beziehungen*: Die Beziehung zwischen dem mentalen Zustand und der Handlung wird als „volitionale Handlungskontrolle“ bezeichnet, bei der es darum geht, ob die Handlung frei gewählt oder erzwungen wird. Die Beziehung zwischen der Handlung und den Konsequenzen heißt „kausale Kontrolle“. Die Beziehung zwischen dem mentalen Zustand und den Konsequenzen nennt sich „volitionale Erfolgskontrolle“. Für sie sei maßgebend, *ob die Konsequenzen für erwünscht gehalten und vorausgesehen werden*¹⁰⁶⁷. Die drei Arten von Kontrolle seien abstufbar. Im Prinzip steige der Vorwurf gegen den Handelnden mit der Stärke der Beziehungen. Die persönliche Kontrolle über ein Ereignis zeige sich am stärksten, wenn alle drei Beziehungen vorliegen; am schwächsten, wenn keine davon besteht¹⁰⁶⁸.

Besonders von Bedeutung ist für uns die „volitionale Erfolgskontrolle“. *Alicke* verweist nur vage darauf, dass sich diese Kontrolle beim Ausfall von Wollen, Wissen oder beidem vermindert. Er erklärt nicht das nähere Verhältnis der Kontrolle zu unterschiedlichen Ausprägung des Wollens und Wissens¹⁰⁶⁹. *Alicke*s Modell der verschuldeten Kontrolle erhält aber Unterstützung.

So misst etwa *Cushman* durch zwei Experimente die Einflüsse von Wissen und Wollen auf den Vorwurf und die Bestrafung. Er verwendet Straftaten als Vignetten, bei denen das Wissen als die Vorstellung über den Erfolgseintritts (z. B.: „Jenny thinks / does not think that [...] the heat will [...] burn her partner's hand“), und das Wollen als der Wunsch nach dem Erfolg (z. B.: „Jenny wants / does not want to burn her partner's hand“) definiert wird. Probanden sollen antworten, in welchem Grad sie dem Handelnden etwas vorwerfen bzw. ihn bestrafen¹⁰⁷⁰. Aus diesen Studien geht hervor, dass erstens das Wissen, das Wollen und der Erfolg sowohl den Vorwurf als auch die Bestrafung unabhängig erhöhen. Zweitens sind dabei die Einflüsse des Wissens höher als die des Wollens¹⁰⁷¹.

Lagnado/Channon untersuchen den Mechanismus der Einflüsse vom Wissen und Wollen. Sie verwenden 20 schädliche Handlungen als Vignetten; 15 von ihnen sind Straftaten. Dabei wird das Wissen als die Voraussicht, ob der Erfolg wahrscheinlich eintritt (engl.: „thinks [...] likely / not likely to happen“), und das Wollen als der Wunsch nach

¹⁰⁶⁷ *Alicke*, Psychological Bulletin 126 (2000), 556 (557, 562).

¹⁰⁶⁸ *Alicke*, a.a.O., S. 557, 559, 563; zusammengefasst *Alicke/Buckingham/Zell u. a.*, Personality and Social Psychology Bulletin 34 (2008), 1371 (1372 f.).

¹⁰⁶⁹ *Alicke*, Psychological Bulletin 126 (2000), 556 (562).

¹⁰⁷⁰ *Cushman*, Cognition 108 (2008), 353 (356–358). Für uns relevant sind nur die Experimente 1 und 2.

¹⁰⁷¹ *Cushman*, a.a.O., S. 360, 362, 375 f.

dem Erfolg (engl.: „wants / does not want to“) oder als Erwünschtheit, dass der Handelnde den Erfolg irgendwie gutheißt¹⁰⁷², definiert. Im Durchschnitt betrachten die Probanden eine Handlung mit *entweder* Wissen *oder* Wollen als wahrscheinlicher, den Erfolg herbeizuführen, als eine Handlung, die *weder* mit Wissen *noch* mit Wollen erfolgt. Die Erfolgskontrolle einer *sowohl* wissentlichen als auch zielgerichteten Handlung wird als am höchsten angesehen. Das Gleiche gilt auch, wenn die objektive Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts in allen Fällen auf gleicher Höhe bleibt. Die Gefahreinschätzung der beurteilenden Probanden ist aber nicht rein objektiv. Beim Vorwurf gegen den Handelnden ist eine ähnliche Tendenz zu sehen. Insgesamt sind die Einflüsse des Wollens auf die Gefahreinschätzung und den Vorwurf stärker als die des Wissens¹⁰⁷³.

Caruso/Waytz/Epley stellen in einem Experiment fest, dass signifikant mehr Probanden den Handelnden für fähig halten, erwünschte Ergebnisse hervorzubringen, wenn sie sich auf das Ziel des Handelnden fokussieren und eine Serie der dem Ziel entsprechenden Handlungserfolge direkt vor der Beurteilung sehen, als wenn sie sich unter sonst gleichen Umständen auf seine Handlung als solche fokussieren und derartige Serien von Handlungserfolgen direkt vor der Beurteilung sehen. Dieser Unterschied bleibt aus, wenn die Handlungsergebnisse, die sie vor der Beurteilung sehen, dem Ziel nicht entsprechen, auch wenn der Handelnde in beiden Fällen das gleiche Ziel hat. Daraus schließen *Caruso/Waytz/Epley*, die Intention (hier: im Sinne der Zielsetzung) diene als Indiz für die im vorliegenden Fall eingesetzte Fähigkeit des Handelnden und für die Wahrscheinlichkeitsprognose, ob er ähnliche Erfolge weiter hervorbringen kann¹⁰⁷⁴. Der Mensch berechne durch Erkennen der Intention eines Dritten die Zukunft und halte damit das Gefühl, die Kontrolle über das Leben weiter in der Hand zu haben, aufrecht¹⁰⁷⁵.

Ames/Fiske haben fünf zusammenhängende Experimenten durchgeführt, wobei sie die Intention als Zielsetzung oder Erwünschtheit definierten. Die Vignette beschreibt eine kleine Firma, die die Personalgehälter teilweise nach dem Gewinn der Firma bestimmt. Der CEO hat eine Investition gemacht, die schlechte Erträge erzielt, was zu einer Gehaltskürzung führt. Aus der Studie 1 geht hervor, dass der CEO, der die schlechten Investitionserträge und die Gehaltskürzung intentional herbeigeführt hat, den schärferen Vorwürfen ausgesetzt ist und der Schaden der Angestellten als größer empfunden wird, als wenn er ohne diese Intention die Investition gemacht hat. Diese Ergebnisse bleiben, auch wenn

¹⁰⁷² *Lagnado/Channon*, Cognition 108 (2008), 754 (Appendix): Der Handelnde kann z. B. das Opfer nicht leiden, ist eifersüchtig auf seinen Besitz, neidisch oder ärgerlich auf es und etwas unternehmen, um ihm zu schaden.

¹⁰⁷³ *Lagnado/Channon*, a.a.O., S. 763–765. Nur das Experiment 2 ist hier relevant.

¹⁰⁷⁴ *Caruso/Waytz/Epley*, Cognition 116 (2010), 149 (150 f.). Nur die Studie 2 ist hier relevant.

¹⁰⁷⁵ *Caruso/Waytz/Epley*, a.a.O., S. 152 f.

die Handlung (die Investition und ihre Erträge), der objektive Schaden (die Gehaltsverkürzung) und das Opfer (die Angestellten) in den beiden Fällen identisch sind¹⁰⁷⁶. Die Möglichkeit, die Überschätzung des Schadens auf den potenziellen Sozialschaden zurückzuführen, ist durch Studie 2 ausgeschlossen, die die Probanden aufgefordert hat, den Sozialschaden im CEO-Fall einzuschätzen. Alle Gruppen haben den Sozialschaden gleichermaßen eingeschätzt. Studie 3 lässt eine weitere Interpretation für Studie 1, die Überschätzung des Schadens bringe eine Rückfallprognose zum Ausdruck, eher unwahrscheinlich erscheinen, weil in einer Variation der Vignette der CEO gefeuert wurde und er daher keine Chance mehr hat, Handlungen oder Schäden gleicher Art – jedenfalls in derselben Firma – anzurichten¹⁰⁷⁷. Dieser Befund widerspricht zum Teil dem Ergebnis aus der Studie von *Caruso/Waytz/Epley*.

In Studie 4 und Studie 5 wurde eine andere Vignette verwendet. Es wird geschildert, dass die Bewohner eines Dorfes wegen des Wassermangels schlechte Ernten haben. In der intentionalen Variante wurde der Wassermangel durch die Bewohner eines anderen Dorfes intentional verursacht; in der anderen Variante durch den Regenmangel. Studie 4 zeigt, dass nur der intentional verursachte Schaden als größer empfunden wird, während das Ausmaß des natürlich verursachten Schadens richtigerweise eingeschätzt wird. Studie 5 belegt schließlich, dass die Vergrößerung der Schadenhöhe auch dann stattfindet, wenn den Probanden monetäre Anreize zur richtigen Einschätzung angeboten werden. Das Maß der Vergrößerung beim Vorliegen und Nichtvorliegen der monetären Anreize unterscheidet sich insignifikant. Kurzgefasst: „Intentional verursachter Schaden ist schlimmer¹⁰⁷⁸.“

4. Folgerungen für die Vorsatzabstufung

Bei der Auswertung empirischer Studien ist zuerst auf die Methodologie zu achten, da sie darüber entscheidet, ob und inwieweit sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse tragen können¹⁰⁷⁹. Es ist gewissermaßen so wie im Strafprozess, dass eine fehlerhafte Beweiserhebung zum Beweisverwertungsverbot führen und damit die Aufklärung einiger Tatsachen verhindern kann. Im Folgenden wird deswegen zuerst auf die methodologische und danach auf die inhaltliche Kritik an den angeführten Studien eingegangen.

¹⁰⁷⁶ *Ames/Fiske*, *Psychological Science* 2013, 1 (2) und Appendix.

¹⁰⁷⁷ *Ames/Fiske*, a.a.O., S. 3 f.

¹⁰⁷⁸ *Ames/Fiske*, a.a.O., S. 6.

¹⁰⁷⁹ *Goodwin*, *Research in Psychology*, 2014, S. 154.

4.1. Methodologische Kritik

Methodologische Bedenken gegen die angeführte Studien bestehen vor allem unter zwei Aspekten: interne und externe Validität.

4.1.1. Interne Validität

Es handelt sich um die Frage, ob alternative Erklärungen für die Forschungsergebnisse ausgeschlossen werden. Eine alternative Erklärung kommt vor, wenn andere Faktoren (Störvariablen) nicht kontrolliert werden, sodass sie neben der unabhängigen Variablen zur Veränderung der abhängigen Variable führen können. Liegt eine Störvariable vor, ist das Ergebnis der Forschung einfach nicht interpretierbar.

Wie gezeigt, tritt bei *Robinson/Darley* ein Bedenken in Bezug auf die interne Validität auf, wenn bei einigen Studien neben der Tötungsabsicht auch die Art der Ausführung variiert¹⁰⁸⁰. Deshalb lässt sich nicht interpretieren, ob die Variation der Strafzumessung durch Probanden auf die Tötungsabsicht zurückzuführen ist. Dagegen sind die Auswirkungen vom Wissen auf die Strafzumessung deutlich erkennbar, da die Störvariablen in den für uns relevanten Vignetten gut kontrollierbar sind und nur die vorgestellte Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts variiert.

Eine Störvariable tritt in der Vignette für die Studien 1 bis 3 von *Ames/Fiske* auf, weil der intentionale CEO den Erfolgseintritt (schlechte Investitionserträge und Gehaltskürzung) für gewiss hält, während der nicht intentionale CEO dieses Risiko als eher unwahrscheinlich ansieht¹⁰⁸¹. Es lässt sich deshalb nicht feststellen, ob der Unterschied in der Schadenseinschätzung und dem Maß des Vorwurfs zwischen der Versuchs- und Vergleichsgruppe auf die Differenz des Wissens oder des Wollens des Handelnden zurückzuführen ist, weil in Bezug auf die beiden Vorsatzelemente Unterschiede bestehen.

In den anderen Studien sind die Störvariablen gut kontrolliert und alternative Erklärungen ausgeschlossen.

4.1.2. Externe Validität

Bei der externen Validität¹⁰⁸² geht es um die Verallgemeinerbarkeit der Forschungsergebnisse, d. h., um die Frage, ob die Resultate auch für andere Menschengruppen, zu anderen Zeiten, an anderen Orten und in anderen Situationen wiederholbar sind. Die externe

¹⁰⁸⁰ Bei Fn. 1066.

¹⁰⁸¹ Bei Fn. 1076.

¹⁰⁸² Näher S. 164.

Validität könnte für die angeführten Studien Probleme aufwerfen.

Das erste Problem ist die Erfassung der Population (Grundgesamtheit). *Robinson/Darley* räumen selbst ein, dass ihre Stichproben keine Zufallsstichproben und damit für keine Population repräsentativ sind. Ihre Untersuchung soll lediglich dazu dienen, eine neue Forschungsmethode vorzustellen¹⁰⁸³.

Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass auch die zufällig ausgewählten Stichproben nur die Population einer Universität, einer Stadt, in England oder in den USA, je nachdem, woher die Probanden rekrutiert werden, repräsentieren können. Auf jeden Fall gelten dort andere Strafrechtssysteme als in Deutschland. Erhebliche Unterschiede bestehen gerade in der Definition der subjektiven Merkmale einer Straftat: dort „Intention“ (in zwei Arten), „Recklessness“ und „Negligence“¹⁰⁸⁴; hier „Vorsatz“ (in drei Arten) und „Fahrlässigkeit“ (in zwei Arten). Auch wenn diese Begriffe einigermaßen vergleichbar wären, gilt es zu untersuchen, ob die Bevölkerung dort andere Kriterien zur Strafmessung verinnerlicht hat als die in Deutschland.

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass nicht alle angeführten Studien Straftaten als Vignetten verwenden. Sollte die Allgemeinheit verschiedene Kriterien für die Bewertung der Straftaten und der anderen Handlungen einsetzen, ließen sich die Studienergebnisse für die anderen Handlungen nicht direkt auf die Straftaten übertragen.

Methodologische Bedenken lassen sich aber grundsätzlich dadurch zerstreuen oder bestätigen, dass sich Studien anhäufen, die ein besseres Design, zutreffendere (hier: deutsche) Stichproben sowie zutreffendere Fragestellungen anwenden¹⁰⁸⁵.

4.2. Inhaltliche Kritik

Einige *inhaltliche* Einwände bestehen auch dann, wenn die methodologischen Unzulänglichkeiten behoben werden. Nehmen wir vorübergehend an, dass alle inhaltlichen Aussagen der angeführten Studien gültig sind:

1. Die Persönlichkeit des Handelnden und die daraus geschlossenen spezialpräventiven Bedürfnisse, wie *Caruso/Waytz/Epley* und die Attributionstheorie es angeführt haben¹⁰⁸⁶, können als solche nichts über die Erfolgskontrolle im konkreten Fall aussagen, da sie sich auf künftige Straftaten beziehen.

¹⁰⁸³ *Robinson/Darley*, Justice, Liability, and Blame, 1995, S. 10.

¹⁰⁸⁴ *Dressler*, Understanding Criminal Law, 6. Aufl. (2012), S. 121–122, 131–135.

¹⁰⁸⁵ *Goodwin*, Research in Psychology, 2014, S. 160, 167.

¹⁰⁸⁶ Bei Fn. 1075.

2. Manche Aussagen können zueinander im Widerspruch stehen. Beispielsweise zeigt das Wissen in den Studien von *Cushman* größeren Einfluss auf die Vorwürfe und Strafzumessungen gegenüber den Tätern¹⁰⁸⁷, wohingegen in der Studie von *Lagnado/Channon* das Wollen größeren Einfluss auf die Vorwürfe und Gefahreinschätzung aufweist¹⁰⁸⁸. Dass sich aus empirischen Forschungen verschiedene, ggf. sich widersprechende Resultate ergeben, ist normal. Das liegt häufig daran, wie bei der externen Validität gezeigt, dass jede Stichprobe nur für eine bestimmte Population repräsentativ ist und Menschen sowie Menschengruppen gerade zu dem untersuchten Aspekt unterschiedlich beschaffen sein können. Durch Anhäufung von Forschungen kann es allerdings zu weitgehend unverzerrten Einschätzung kommen und eine klare Übersicht darüber ermöglicht werden, unter welchen Bedingungen dem Wissen oder dem Wollen eine größere Bedeutung zukommt – das ist die Hauptfunktion der Metaanalyse¹⁰⁸⁹.

3. Die Einschätzung von Probanden über die Erfolgskontrolle des Täters kann in zweifacher Hinsicht der Wirklichkeit nicht gerecht werden. (a) Die Studien von *Ames/Fiske* zeigen z. B., dass ein absichtlich verursachter Schaden auch dann überschätzt wird, wenn die Schadenhöhe und der Geschehensablauf mit denen eines nur fahrlässig verursachten Schadens objektiv identisch sind¹⁰⁹⁰. (b) Aus der Studie von *Lagnado/Channon* geht hervor, dass die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts höher eingeschätzt wird, wenn der Handelnde den Erfolg absichtlich herbeiführt oder dessen Eintritt für wahrscheinlich hält, als wenn er den Erfolg unabsichtlich herbeiführt oder dessen Eintritt für unwahrscheinlich hält, obwohl die objektive Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts in allen Fällen identisch ist¹⁰⁹¹.

a) Die überschätzte Schadenhöhe und Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts könnten auf nicht konkrete, nicht wahrnehmbare Schäden zurückgeführt werden. Die Probanden könnten – auch unbewusst – Emotionen und Gefühle, z. B. Wut oder vermindertes Sicherheitsgefühl, mit einbezogen haben. Angesicht der reichlichen Beweise aus der Moralpsychologie, dass Emotionen und Gefühle starken Einfluss auf moralische Bewertungen üben können¹⁰⁹², lohnt sich eine weitere Untersuchung dieser Möglichkeit. Insbesondere soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit diese Emotionen und Gefühle

¹⁰⁸⁷ Bei Fn. 1070.

¹⁰⁸⁸ Bei Fn. 1073.

¹⁰⁸⁹ Dazu Kapitel 3: Abschnitt 5.5.2 (S. 93 ff.); vgl. auch *Borenstein/Hedges/Higgins u. a.*, *Meta-Analysis*, 2009, S. xxii–xxiii, 9; *Stanley/Doucouliagos*, *Meta-Regression*, (2012), S. 1–3.

¹⁰⁹⁰ Bei Fn. 1078.

¹⁰⁹¹ Vgl. oben bei Fn. 1073.

¹⁰⁹² *Avramova/Inbar*, *Wiley Interdisciplinary Reviews: Cognitive Science* 4 (2013), 169 (170); *Prinz/Nichols*, in: *Doris* (Hrsg.), *Handbook*, 2010, S. 111 (123).

unter dem Deckmantel von Gerechtigkeitsgefühl oder gerechter Strafe¹⁰⁹³ operieren.

b) Mit der Differenz zwischen der subjektiven und objektiven Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts gelangen wir zu einer wichtigen Überlegung: Es gab Ende des 19. Jahrhunderts einige „Lehren der adäquaten Verursachung“, die die Vorstellung und Kenntnisse des Handelnden über die Tatfolgen und den Geschehensablauf in die Definition der Kausalität eingebaut haben¹⁰⁹⁴. Überall in der modernen Wissenschaft¹⁰⁹⁵, auch der Rechtswissenschaft¹⁰⁹⁶, wird der Kausalzusammenhang zwischen einem Verhalten und seinen Folgen aber ohne Rücksicht auf die subjektive Seite des Handelnden definiert. Ursachen – hier: Handlungen – der gleichen Art sollen demnach mit gleicher Wahrscheinlichkeit den gleichen Erfolg nach sich ziehen, ungeachtet dessen, ob der Handelnde absichtlich, wissentlich oder aus Versehen handelt. Damit ist freilich nicht gemeint, dass die subjektive Seite des Handelnden keinerlei Einfluss auf den Erfolg haben kann, sie stellt aber keine direkte Ursache für den Erfolg dar. In der Kausalkette befindet sich zwischen dem Erfolg und der subjektiven Seite des Handelnden die entsprechende Handlung. Die subjektive Seite kann deswegen erst *durch die Handlung indirekt* auf den Erfolg wirken.

4. Anlässlich der letztgenannten Feststellung bietet sich die Forschungsfrage an, wie stark der direkte kausale Einfluss von Wissen und Wollen auf die Tathandlung und ihr indirekter kausaler Einfluss auf den Taterfolg ist.

a) In der Attributionstheorie erläutern *Lagnado/Channon* etwa, dass die Intention und Voraussicht des Handelnden auf die zu kontrollierenden Ursachen hindeutet. Beispielsweise bestehe eine Möglichkeit dafür, falsche ärztliche Behandlungen durch die Verbesserung der Fachkenntnis des Arztes zu verhindern. Um Rückfälle zu verhindern, könne man die gefährlichen Motive des Täters unterdrücken oder eliminieren¹⁰⁹⁷. Inwiefern das Wissen und das Wollen zur Rückfallprognose beitragen können, wurde in Kapitel 4 erörtert. Insofern, als *Lagnado/Channon* im Wissen und Wollen Ursachen der Handlung oder Indizien für sie erblicken, verdient diese Ansicht nähere Betrachtung.

¹⁰⁹³ Vgl. oben S. 122.

¹⁰⁹⁴ Vgl. Darstellung und Kritik bei *Traeger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904, S. 130 f; *Liszt*, Lehrbuch, 10. Aufl. (1900), S. 106, 111.

¹⁰⁹⁵ *Morgan/Winship*, Counterfactuals and Causal Inference, 2. Aufl. (2015), S. 37–43; *Goodwin*, Research in Psychology, 2014, S. 23; *Aronson/Wilson/Akert*, Social Psychology, 8. Aufl. (2013), S. 30–34.

¹⁰⁹⁶ Vgl. *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 3–43; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 279–284.

¹⁰⁹⁷ *Lagnado/Channon*, Cognition 108 (2008), 754 (767 f.).

b) In ähnlicher Weise gingen etliche Strafrechtler – bereits vor dem Aufkommen der Tatherrschaftslehre – davon aus, der Wille¹⁰⁹⁸ oder die Vorstellung¹⁰⁹⁹ sei die Ursache des Verhaltens und das Strafrecht soll auf die zur Straftat führenden psychischen Tätigkeiten reagieren¹¹⁰⁰. Neuerdings begründet *Schünemann* die unmittelbare Täterschaft mit der „Herrschaft über die eigene Körperbewegung als Grund des Erfolges¹¹⁰¹.“ Man rückt bei diesen Lehren den Fokus von der Herrschaft über den *Erfolg* und seinen Kausalverlauf („*Erfolgs-Herrschaft*“) auf die Herrschaft über die *Tat* (*Handlung*) und ihren Geschehensablauf („*Tat-Herrschaft*“ im wörtlichen Sinn). Im nächsten Kapitel ist nämlich der kausale Einfluss vom Wissen und Wollen auf die Tathandlung und den Taterfolg aufzuklären.

5. Zusammenfassung des Kapitels

Es gibt explizite und einige implizite normativen Ansätze, die für eine Abstufung der Tatherrschaft anhand des *Wissenselements* des Vorsatzes sprechen. Normative Ansätze für eine Abstufung anhand des *Wollenselements* sind überwiegend implizit.

Aus den Forschungsbereichen der empirischen Strafzumessung und „Attributionstheorie“ ergeben sich im ersten Blick einige Beweise für diese normativen Thesen. Die Anzahl der Studien ist dennoch zu gering für eine fundierte Schlussfolgerung. Auch wenn genug Beweise zur Verfügung stünden, können die Ergebnisse aus diesen Forschungsbereichen allenfalls eine „empfundene Erfolgskontrolle“ belegen, die von der wirklichen Erfolgskontrolle abweichen kann.

Die Frage, welche wirklichen bzw. kausalen Einflüsse das Wollen und Wissen auf die Handlung ausüben können, ist eines der Kernanliegen der Verhaltenswissenschaft und stellt das Thema von Kapitel 6 dar.

¹⁰⁹⁸ *Bekker*, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, 1859, S. 247; *Frank*, ZStW 10 (1890), 169 (204 f.); *Lobe*, in: LK-StGB, 1. Aufl. (1920), Einleitung, S. 15 f.

¹⁰⁹⁹ *Liszt*, Lehrbuch, 10. Aufl. (1900), S. 102.

¹¹⁰⁰ *Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1907, S. 274, Fn. 1.

¹¹⁰¹ *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 25, Rn. 39.

Kapitel 6: Vorsatzabstufung nach dem Risiko der Tatbestandsverwirklichung

In Kapitel 5 wurden aus den Tatherrschaftslehren Thesen über die Vorsatzabstufung gewonnen und diese mit den empirischen Erkenntnissen überprüft. Die Diskussion führt neben anderen Ergebnissen zu der Einsicht, dass das Wissen und Wollen als psychische Elemente den Kausalverlauf und somit die Tatherrschaft nur durch die Handlung indirekt beeinflussen können. Eben deswegen betrachten wir in diesem Kapitel die Beziehungen zwischen den Vorsatzformen (bzw. Vorsatzelementen) und der Handlung. Ähnlich dem Aufbau der vorherigen Kapitel werden zuerst aus den Strafrechtslehren Thesen über diese Beziehungen geformt (→ Abschnitt 1). Sodann sind diese Beziehungen im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem empirischen Wissensstand zu überprüfen (→ Abschnitt 2). Nachdem Richtlinien für die Vorsatzabstufung aus dem Produkt von Strafrechtslehren und Empirie abgeleitet wurden (→ Abschnitt 3), gilt es, auf die Einschränkungen ihrer Gültigkeit einzugehen (→ Abschnitt 3.2.5).

1. Thesen in der Literatur

1.1. Wissen und Handlung

1.1.1. Grad der Willensfreiheit

Für eine Beziehung zwischen dem Wissen und der Straftat gehen die Lehren gegen Ende des 18. Jahrhunderts typischerweise von der Willensfreiheit aus, wobei der Mensch als moralischer Akteur verstanden wird. *Koch* etwa sieht den Grund der Imputation (Zurechnung) in der „Abhängigkeit des Verbrechens von der Freiheit¹¹⁰²“, wobei eine freie Handlung eine solche heiße, „die aus eigenem Beweggrund nach vorhergehender Überle-

¹¹⁰² *Koch*, Anfangsgründe, 1790, § 67.

gung unternommen wird.“ Die Freiheit der Handlung wird von *Koch* auch als „Moralität“ bezeichnet. „Verbrechen bestehen in freien Handlungen, bestehen also in moralischen Handlungen¹¹⁰³.“ Nach *Koch* nimmt die Zurechnung mit dem Grad der Moralität (Freiheit) eines Verbrechens zu. Für diesen Grad soll die Deutlichkeit der Voraussicht eine wichtige Rolle spielen. „Je genauer jemand die Schädlichkeit des Verbrechens einsieht, desto moralischer ist das Verbrechen¹¹⁰⁴.“

In ähnlicher Weise meint *Stübel*, dass die Freiheit des Verbrechers mit dem Grad der Kenntnis von den Wirkungen und Folgen der Handlung wachse¹¹⁰⁵. *Stübel* führt aus, dass sich aus dem vollkommenen Wissen „die entgegengesetzten veranlassenden Gründe“ ergeben sollen¹¹⁰⁶. Erst mit dem Bewusstsein und der Überlegung aller Gründe für und gegen die Tat könne man sich selbst moralisch frei bestimmen¹¹⁰⁷. Wird der Eintritt des gesetzwidrigen Erfolges nicht als sicher vorhergesehen, habe der Handelnde ein gewisses Unvermögen, die verbotene Handlung frei zu vermeiden¹¹⁰⁸. *Stübels* erste Hauptregel vom Grad der Zurechnung besagt: „Je weniger frei [...] sich der Delinquent zu einem Verbrechen bestimmte, desto weniger [...] die Zurechnung¹¹⁰⁹.“ Anders formuliert: „Je mangelhafter das Bewusstsein der Handlung an sich selbst [...], desto weniger ist das Verbrechen zuzurechnen¹¹¹⁰.“

1.1.2. Wissen als Gegenmotive, Hemmungen oder psychologische Hindernisse

Eine seit Mitte des 19. Jahrhunderts immer deutlicher zutage getretene Gedankenrichtung spricht nicht so sehr, wie die Lehren der Spätaufklärung, von der Beziehung des Wissens zur Willensfreiheit, sondern vom zweiten Teil der Ansicht *Stübels*, nämlich vom Wissen als „entgegengesetzten veranlassenden Gründen“.

So sieht *Bekker* als Dolus nur die „Voraussicht des üblen Erfolges, [...] welche auf den guten getreuen Bürger *hemmend* [Hervorhebung hinzugefügt] gewirkt haben würde“, an. Es gebe zwar „keine festen Grenzen für die Wahrscheinlichkeit und Deutlichkeit des in den Dolus gehörigen Vorwissens“. Allgemein lasse sich aber sagen, dass „je weniger scharf des Vorausgesehenen und je weniger wahrscheinlich das Eintreffen desselben ist,

¹¹⁰³ *Koch*, a.a.O., § 53.

¹¹⁰⁴ *Koch*, a.a.O., §§ 63a.

¹¹⁰⁵ *Stübel*, System des allgemeinen peinlichen Rechts, 1795, § 250.

¹¹⁰⁶ *Stübel*, a.a.O., § 251.

¹¹⁰⁷ *Stübel*, a.a.O., § 244.

¹¹⁰⁸ *Stübel*, a.a.O., § 282.

¹¹⁰⁹ *Stübel*, a.a.O., § 443.

¹¹¹⁰ *Stübel*, a.a.O., § 444.

desto leichter wird eine solche Voraussicht durch andere Rücksichten unterdrückt werden können“¹¹¹¹. Nach *Merkel* kommt der Voraussicht des Handlungserfolgs eine praktische Bedeutung zu, „der Willensbetätigung in der gegebenen Richtung psychologische Hindernisse zu bereiten“¹¹¹².

Der Gedanke von Hemmungen bzw. psychologischen Hindernissen ist noch heute ausdrücklich zu sehen. *Sternberg-Lieben/Schuster* führen z. B. aus, dass die „Funktion des intellektuellen Vorsatzelements“ darin bestehe, „dem Täter die Bedeutung seines Verhaltens vor Augen zu führen, ihm einen Impuls zur Unterlassung des Tatentschlusses zu vermitteln“¹¹¹³. Im Übrigen könnte praktisch hinter jedem derartigen Vorwurf, dass der Täter sich „durch die Vorstellung des Eintritts dieses Erfolges von der Ausführung der Handlung nicht abhalten lässt“¹¹¹⁴, der Gedanken stehen, dass diese Vorstellung dem Täter Gegenmotive bereiten könne.

Eine Variation der Gegenmotive stellt die „Appellfunktion“ dar. So will *Puppe* denjenigen als Vorsatztäter bestrafen, „wer sich, mit welchen psychischen Mechanismen auch immer, über die Appellfunktion einer solchen typischen Verletzungsbedeutung seines Verhaltens hinwegsetzt“¹¹¹⁵. *Jakobs* macht deutlich, dass es nicht nur „auf einer Kenntnisstufe einen Appell, sondern von der ersten Stufe an eine Vielzahl von Appellen“ gibt. Diese Appelle seien umso dringlicher, je drastischer die vorhandene Kenntnis das unerlaubte Risiko des Verhaltens indiziere¹¹¹⁶.

Diese Lehren, u. a. die von *Bekker* und *Jakobs*, legen nahe, dass die Erfolgsvorstellungen als Gegenmotive dienen und die Stärke dieser hemmenden Wirkung mit der vorgestellten Risikohöhe des Erfolgseintritts steigen kann.

1.1.3. Die das Wollen veranlassenden Vorstellung

Die deutsche Strafrechtswissenschaft und insbesondere die Vorsatzlehren um die Wende zum 20. Jahrhundert befanden sich unter starkem Einfluss der Physiologie und Psychologie, die versuchten, menschliches Verhalten nicht durch einen allgemeinen – und wissenschaftlich schwer feststellbaren – Begriff des Willens, sondern durch psychische Vorgänge (z. B. Erinnerungen, Vorstellungen und Gefühle), physiologische Erscheinun-

¹¹¹¹ *Bekker*, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, 1859, S. 273.

¹¹¹² *Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, S. 79.

¹¹¹³ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 15, Rn. 47.

¹¹¹⁴ Vgl. die Autoren in Abschnitt 1.1.4; dazu auch *RG*, 3. Strafsenat Ur. v. 6.6.1885 – 1244/85, RGSt, 297 (300); *RG*, 2. Strafsenat Ur. v. 5.11.1886 – 2559/86, RGSt, 34 (38); *RG*, 1. Strafsenat Ur. v. 13.4.1891 – 722/91, RGSt, 420 (421 f.).

¹¹¹⁵ *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (21).

¹¹¹⁶ *Jakobs*, in: FS Rudolphi, 2004, S. 107 (111 f.).

gen (z. B. Erregung von motorischen Nerven und Muskeln) und ihre Interaktionen zu erklären¹¹¹⁷. Dies führte teilweise dazu, dass die motivierende Funktion dem Willen abgesprochen und hingegen der Figur „Vorstellung“ zugesprochen wurde.

Am deutlichsten zeigt sich diese Schwerpunktverlagerung bei der kausalen Handlungslehre. Schon seit der ersten Auflage seines Lehrbuchs definiert *Liszt* den Willen als „jenen psychischen Akt, durch welchen die motorischen Nerven unmittelbar in Erregung versetzt werden“ und willkürliche Handlung als „bewusste und durch Vorstellungen bestimmte körperliche Bewegung“. Der Vorsatz sei „der Wille als Ursache einer Handlung im engeren Sinne, begleitet von der Vorstellung der Kausalität derselben“¹¹¹⁸. Diese Ansicht hat sich über alle Auflagen des Lehrbuchs nicht geändert. Lediglich das Wort „Wille“ wurde durch „Wollen“ und „willkürliche Handlung“ durch „Willensbetätigung“ ersetzt. So tritt in der dritten Auflage der Satz auf: „Wollen aber bedeutet das durch Vorstellungen hervorgerufene (kürzer: das motivierte) Begehren“¹¹¹⁹. *Liszt* hebt hervor, dass die Willkürlichkeit im Strafrecht nichts mit der „Willensfreiheit“ im Sinne des Indeterminismus zu tun habe. „Willensbetätigung aber ist jedes Verhalten, das, frei von mechanischem oder physiologischem Zwang, durch Vorstellungen bestimmt (determiniert, motiviert) wird“¹¹²⁰. Demzufolge gelangt *Liszt* zu einem durchaus anderen Verständnis des Willens als die Autoren aus der Spätaufklärung und viele andere zu seiner Zeit. Die Vorstellung bekommt bei *Liszt* die Rolle als motivierende Kraft; dagegen wird der Wille zu dem durch die Vorstellung motivierten Vorgang.

Eine ähnliche Meinung vertritt *Lobe* in der ersten Auflage des Leipziger Kommentars. Er begreift die Vorstellung als bewusste Reproduktion und Schaffung von Erinnerungsbildern, sodass ein seelisches Geschehen (d. h. Wollen) durch „Erregung auf die motorischen Nerven (Innervation)“ einige Tätigkeiten bewirke, die wiederum äußeren Vorgang sowie Folgen herbeiführen würden¹¹²¹. Werde eine derartige Vorstellung „zum Element der Willensbildung gemacht“, also wenn sie „eine bestimmende Wirkung auf das Wollen ausübt“, sodass ein „Entschluss des Inhalts hervortritt, durch sich das Vorgestellte in der Welt der Erscheinung zu verwirklichen, so wird die Vorstellung und das Wollen

¹¹¹⁷ Vgl. das klassische Lehrbuch der damaligen „physiologischen Psychologie“: *Wundt*, Grundzüge der physiologischen Psychologie, 5. Aufl. (1902), S. 2, 20, 339–340; dazu *Kandel*, in: *Kandel/Schwartz/Jessell u. a.* (Hrsg.), *Neural Science*, 2013, S. 370 (383); *Frith*, in: *Kandel/Schwartz/Jessell u. a.* (Hrsg.), *Neural Science*, 2013, S. 1373 (1374); *Robinson-Riegler/Robinson-Riegler*, *Cognitive Psychology*, 3. Aufl. (2012), S. 7.

¹¹¹⁸ *Liszt*, Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881, S. 64, 70, 108–109.

¹¹¹⁹ *Liszt*, Lehrbuch, 3. Aufl. (1888), S. 116; *Liszt*, Lehrbuch, 10. Aufl. (1900), S. 105 Fn. 1.

¹¹²⁰ *Liszt*, Lehrbuch, 10. Aufl. (1900), S. 102, 69.

¹¹²¹ *Lobe*, in: LK-StGB, 1. Aufl. (1920), Einleitung, S. 16.

zum Vorsatz¹¹²².“ Für *Lobe* sollen die üblichen Ausdrücke für *dolus eventualis*, wie etwa „Billigung“, „Einverstandensein“, „Gleichgültigkeit“ oder die „Franksche Formel“, nichts anderes besagen, als dass „die Vorstellung vom möglichen Erfolge bestimmend für die Willensbildung dahin geworden ist“¹¹²³.“

Dass die Vorstellung das Wollen veranlasst oder bestimmt, ist den angeführten Lehren leicht zu entnehmen. Daraus lässt sich eine These über die Vorsatzabstufung aber nicht ableiten. Man kann nur auf das allgemeine Verständnis der Motivation zurückgreifen, etwa dass die Wahrscheinlichkeit einer Handlung und eines Handlungserfolgs umso höher liegen, je stärker die Motive sind. Demzufolge könnte ein Tatbestand desto wahrscheinlicher verwirklicht werden, je höher die Erfolgsvorstellung liegt, weil der Täter umso stärkere Motivation verspürt.

1.1.4. Doppelfunktion des Wissens als Motive und Gegenmotive

Bei einigen Lehren hat das Wissen bzw. die Vorstellung vom Handlungserfolg, je nach Art des Vorsatzes, mal die Rolle als veranlassender Vorgang und mal als mögliches Motiv zur Vermeidung. Schon *Stübel* unterscheidet zwischen der Vorstellung der Handlungswirkung, die den Delinquenten zur Ausführung der Handlung bestimme, also Absicht¹¹²⁴, und der Wahrscheinlichkeitsvorstellung der Handlungswirkung, die den Delinquenten weder zur Ausführung bestimme und ihn auch nicht zur Vermeidung der Handlung bestimmt, also *Culpa*¹¹²⁵. Da *Stübel* die Deutlichkeit der Vorstellung als die Grundlage der Willensfreiheit ansieht¹¹²⁶, liegt es nahe, dass der Täter umso freier zur Vermeidung der Handlung entschließen könnte, je gewisser seine Vorstellung der Handlungswirkung wäre.

Die Doppelfunktion des Wissens findet vor allem bei den früheren Vorstellungstheoretikern Anerkennung, weil diese versuchen, alle Vorsatzformen, auch die Absicht, durch die Ausprägung und Auswirkungen der Vorstellung zu definieren.

Als *Frank* zum ersten Mal die sog. „Franksche Formel“ für den *dolus eventualis* aufgestellt hat, drückt er die Beziehung der Vorstellung zur Handlung bereits im Sinne eines Motivs aus: „Die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen erfüllt als den Begriff des Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen den Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastierenden Motivs

¹¹²² *Lobe*, a.a.O., S. 17.

¹¹²³ *Lobe*, a.a.O., S. 27 f.

¹¹²⁴ *Stübel*, System des allgemeinen peinlichen Rechts, 1795, §§ 262, 273.

¹¹²⁵ *Stübel*, a.a.O., §§ 279, 282.

¹¹²⁶ Vgl. oben S. 225. und *Stübel*, a.a.O., §§ 443, 450.

gehabt hätte“¹¹²⁷. Im Lehrbuch differenziert *Frank* zwischen zwei Wirkungsweisen der Vorstellung. Beim „schwerstem Fall“, also bei der Absicht, motiviere gerade die Erfolgsvorstellung den Täter zur Vornahme der Handlung. Beim „minder schwereren Fall“, nämlich beim sicheren Wissen und *dolus eventualis*, habe sich der Täter „durch die Kenntnis der Tragweite der Handlung zwar nicht zu ihr bestimmen, aber immerhin auch nicht von ihr abgehalten lassen“¹¹²⁸.

Liszt erblickt, wie gezeigt¹¹²⁹, die Funktion der Vorstellung zwar hauptsächlich darin, Willensbetätigung zu bestimmen oder zu motivieren. Aber schon in der ersten Auflage seines Lehrbuchs wies er darauf hin, dass für den Vorsatz nicht erforderlich sei, dass die Vorstellung gerade treibendes Motiv ist¹¹³⁰. Später, in Anlehnung an *Frank*, bezeichnet *Liszt* die Funktionsweisen der Vorstellung als zweierlei: Vorsatz liege vor, wenn die Herbeiführung des vorausgesehenen Erfolges Beweggrund bzw. Ziel des Handelns gewesen ist (Absicht). Vorsatz liege aber auch dann vor, wenn die Voraussicht des Erfolges Eintritts nicht Beweggrund seines Handelns gewesen ist und „die Überzeugung von dem sicheren Eintritt des Erfolges den Täter von der Begehung seiner Handlung nicht abgehalten“ habe (direkter Vorsatz) bzw. hätte (*dolus eventualis*)¹¹³¹.

Auch außerhalb der Vorstellungstheorie findet die Doppelfunktion des Wissens gelegentlich Beachtung. In der „Motivtheorie“ für den Vorsatzbegriff begreift *Mayer* etwa Motive (Beweggründe) als „Vorstellungen, die auf den Willen einwirken“¹¹³². „Die Einwirkung der Erfolgsvorstellung auf die Willensbetätigung“ sei „eine wesentliche Eigenschaft des vorsätzlichen Handelns“¹¹³³. Vorsätzlich sei die Herbeiführung eines tatbestandsmäßigen Erfolges, „sowohl wenn die Vorstellung, der Erfolg werde eintreten, den Täter bewogen hat, die Handlung vorzunehmen, als auch wenn diese Vorstellung für ihn kein Grund war, von der Willensbetätigung abzulassen“¹¹³⁴. Eine Möglichkeit, dass die Kenntnis des Erfolges den Täter von seiner Handlung abhält, bestehe im Hervorrufen des Bewusstseins einer Pflichtwidrigkeit durch jene Kenntnis¹¹³⁵.

Hinzu kommt die aus dem finalen Handlungsbegriff abgeleitete Vorsatzlehre *Welzels*. Die Finalität beruhe demnach auf der Fähigkeit des Willens, dass „der Mensch auf Grund

¹¹²⁷ *Frank*, ZStW 10 (1890), 169 (211).

¹¹²⁸ *Frank*, Strafgesetzbuch, 18. Aufl. (1931, Nachdruck 1975), S. 179–180, 192.

¹¹²⁹ S. 228.

¹¹³⁰ *Liszt*, Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881, S. 111.

¹¹³¹ *Liszt*, Lehrbuch, 4. Aufl. (1891), S. 174–175, 177; *Liszt*, Lehrbuch, 6. Aufl. (1894), S. 144 f; *Liszt*, Lehrbuch, 10. Aufl. (1900), S. 149–151

¹¹³² *Mayer*, AT, 2. Aufl. (1923), S. 103 f.

¹¹³³ *Mayer*, a.a.O., S. 332.

¹¹³⁴ *Mayer*, a.a.O., S. 258.

¹¹³⁵ *Mayer*, a.a.O., S. 259, 262.

seines Kausalwissens die möglichen Folgen seines Tätigwerdens in bestimmten Umfang voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken kann.“ Angesichts des Ausdrucks „sich Ziele zu setzen“ liegt es nahe, dass hier die Voraussicht ebenso als einen auf die Willensbildung wirkenden psychischen Vorgang verstanden wird, wie beim kausalen Handlungsbegriff. Der Unterschied liegt vielmehr in der Hervorhebung durch *Welzel*, der Wille lenke das kausale Geschehen. Der Wille sei „der Steuerungsfaktor, der das äußere Kausalgeschehen überdeterminiert“ – ein Gedanke, der dem *Liszts* direkt gegenübersteht –. Nach *Welzel* hat die Vorstellung vom möglichen Erfolg aber eine zweite Funktion. Wenn der vorgestellte Erfolg nicht zum Ziel gemacht werde, könne die Berücksichtigung der Nebenfolgen „den Täter dazu veranlassen, die bisher ausgewählten Mittel einzuschränken oder zusätzliche, den Eintritt der Nebenfolgen hindernde Gegenfaktoren auszuwählen oder sonst die Handlung auf die Vermeidung der Nebenfolge zu steuern“¹¹³⁶.

Da diese Lehren im Wesentlichen die Vorstellung als Motiv und Gegenmotiv ansehen, so sind die daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen für die Vorsatzabstufung die gleichen wie in den vorigen Abschnitten (→ Abschnitt 1.1.2 und 1.1.3). Es liegt aber auf der Hand, dass sich die Wirkung von Motiv und Gegenmotiv widerspricht. Die Wahrscheinlichkeit einer Handlung wird durch Motive erhöht, aber durch Gegenmotive verringert. Ein Schwerpunkt der empirischen Forschung liegt folglich darin, zu überprüfen, ob die Wahrscheinlichkeit der Straftaten mit der Erfolgsvorstellung steigt oder sinkt (→ Abschnitt 2.2).

1.1.5. Wissen und Vermeidemacht

Einige Vorsatzlehren stellen bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf das Ausmaß der „Vermeidemacht“ bzw. „Vermeidbarkeit“ ab. Diese Begriffe sollen durch die Ausprägung vom Wissen ermittelt werden. Aus einem Teil dieser Lehren lassen sich Vorsatzabstufungen ableiten.

Mayer stellt fest, dass die Willensherrschaft beim Vorsatz höher als bei der Fahrlässigkeit liege. Der Grad der Willensherrschaft richte sich zum Teil nach der Vermeidbarkeit der Tat. Die Vermeidbarkeit ihrerseits werde zum Teil durch den Inhalt des Wissens bestimmt¹¹³⁷. Die Willensherrschaft „steigert sich bis zum höchsten Grade, wenn ein Täter mit sicherer und klarer Kenntnis der tatsächlichen Folgen und der rechtlichen Bedeutung

¹¹³⁶ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969), S. 33 f.

¹¹³⁷ *Mayer*, AT, 1967, S. 116, 130; *Mayer*, AT, 1953, S. 244, 269.

der Tat gehandelt hat¹¹³⁸.“ Daraus lässt sich schließen, dass für *Mayer* die Vermeidbarkeit beim sicheren Wissen höher liege als bei der Absicht und beim *dolus eventualis*.

Nach der Vorsatzlehre von *Joecks* sei der Erfolg „umso vermeidbarer, je mehr der Täter an Kenntnis über die Gefährlichkeit seines Tuns hat“, da das Bewusstsein von den Tatfolgen dem Täter „die Motivation zu normgemäßem Verhalten“ erleichtern könne. Die von *Joecks* angeführten Beispiele betreffen jedoch lediglich die Abgrenzung vom Vorsatz und der Fahrlässigkeit. Eine weitere Abstufung der Vermeidbarkeit anhand des Wissens hat er nicht diskutiert¹¹³⁹. Allenfalls lässt sich vermuten, dass für *Joecks* das sichere Wissen eine höhere Vermeidbarkeit begründet als *dolus eventualis* und Absicht, bei denen der Täter den Erfolgseintritt nur für möglich hält.

Die ökonomische Analyse von *Adams/Shavell* ist zu dem Ergebnis gekommen, dass zur Verbesserung der Kompetenz des Täters zur Schadensvermeidung „erhebliche Investitionen in sein Wissen“ erforderlich sei, wenn der Schaden auf seine Unfähigkeit zurückzuführen ist. Dagegen würden für den Vorsatztäter keine besonderen Kosten anfallen, um von der Schadensherbeiführung abzulassen, da „sein einfacher Entschluss¹¹⁴⁰“ genüge. Hier kommt ebenso eine erhöhte Vermeidbarkeit des Vorsatztäters im Vergleich zum Fahrlässigkeitstäter zum Ausdruck. Über die Abstufung der Vermeidbarkeit bei den unterschiedlichen Vorsatzformen diskutieren *Adams/Shavell* aber auch nicht.

Im Gegensatz zu den genannten Autoren lehnt *Frisch* ausdrücklich eine Abstufung der Vermeidbarkeit innerhalb der Vorsatzformen ab¹¹⁴¹, obwohl er eben mit der „spezifisch erhöhten Vermeidbarkeit“ beim Vorsatz die erhöhte Bestrafung der Vorsatztaten im Verhältnis zu den Fahrlässigkeitstaten begründet¹¹⁴². Schließlich weist *Meier* die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen mit dem Argument zurück, dass bei allen Vorsatzformen „das Ausmaß der Fähigkeit zu richtigem Handeln [...] nicht wesentlich verschieden¹¹⁴³“ sei.

Hinter allen Lehren, die aus dem Wissen überhaupt oder dem Grad des Wissens eine Schlussfolgerung für die Vermeidbarkeit bzw. -macht gezogen haben, verbirgt sich wohl das Verständnis, dass das Wissen um den möglichen Erfolg die Motivationsprozesse zugunsten der Vermeidung dieses Erfolgs in Gang setzen könne. Dementsprechend würde die Vermeidbarkeit eine Art der Gegenmotive darstellen und wird zusammen mit den

¹¹³⁸ *Mayer*, AT, 1953, S. 244.

¹¹³⁹ *Joecks*, in: MK-StGB, 2. Aufl. (2011), § 16, Rn. 61, 63.

¹¹⁴⁰ *Adams/Shavell*, GA 1990, 337 (356 f.).

¹¹⁴¹ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 499 Fn. 91.

¹¹⁴² *Frisch*, a.a.O., S. 497, 96–97.

¹¹⁴³ Vgl. oben S. 45.

Lehren in Abschnitt 1.1.2 behandelt (→ Abschnitt 2.2). Die Vermeidemacht lässt sich zudem als Fähigkeit, Einflüsse oder Kräfte begreifen, mit denen eine Person eine Handlung oder ein Ergebnis wahrscheinlicher verwirklicht als derjenige, der keine oder weniger dieser Aspekte aufweist. In diesem Fall diskutiert man unter der Rubrik „Vermeidemacht“ über die Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung: Je höher die Vermeidemacht liegt, umso wahrscheinlicher kann der potenzielle Täter die Tatbestandsverwirklichung vermeiden.

Dagegen könnte eingewendet werden, dass die Vermeidung der Straftat letztendlich von dem Willen, der Intention oder der Bereitschaft abhängt, auch wenn eine erhöhte Vermeidemacht vorhanden sei. Auf diese Lehren wird später eingegangen¹¹⁴⁴.

1.2. Emotion und Handlung

Das Wollenselement des Vorsatzes wird teilweise als Emotion bezeichnet¹¹⁴⁵. Manche Autoren meinen damit die Emotionen oder Gefühle im eigentlichen Sinne (z. B. „Lustgefühl“ oder „angenehm“), während andere diese Begriffe eher als Handlungsmaxime interpretieren. Für die letzte Gruppe ist auf den einschlägigen Abschnitt zu verweisen¹¹⁴⁶.

Schon in der Spätaufklärung diskutierte man über den Einfluss von Emotionen und Gefühlen auf die Straftaten. *Beccaria* betrachtet z. B. „Vergnügen und Schmerz“ als Beweggründe der Menschen. In den „natürlichen Streben nach Glückseligkeit¹¹⁴⁷“ sollen die verbrecherischen Antriebe wurzeln. *Stübel* geht davon aus, dass ein Mensch Straftaten begehe, „um die Forderung der Sinnlichkeit seiner Privatzwecke (des eigennützigen Triebes) zu befriedigen¹¹⁴⁸.“ *Feuerbach* meint, dass alle Straftaten „ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit“ hätten. Der Mensch werde „durch die Lust“ zur Begehung der Straftat angetrieben¹¹⁴⁹.

Obwohl *Bar* ein berühmter Gegner vom *dolus eventualis* ist, hat die Emotion eine wichtige Stelle in seiner Vorsatzlehre. Er nimmt an, dass der Wille und die Willensakte durch Zukunftsvorstellungen veranlasst werden¹¹⁵⁰. Ausschlaggebend ist dabei aber nicht die Vorstellung an sich, sondern die dahinterstehenden Gefühle. Denn der Wille sei das immer währende, „wenn auch oft kaum bemerkbare Streben“ nach der Befriedigung vom

¹¹⁴⁴ S. 239 f.

¹¹⁴⁵ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 256–269; *Joecks*, in: MK-StGB, 2. Aufl. (2011), § 16, Rn. 31, 62.

¹¹⁴⁶ S. 234 ff.

¹¹⁴⁷ *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1851, S. 64, 35.

¹¹⁴⁸ *Stübel*, System des allgemeinen peinlichen Rechts, 1795, §§ 236, 243, 260.

¹¹⁴⁹ *Feuerbach*, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), § 13; *Feuerbach*, Lehrbuch, 1. Aufl. (1801), § 17.

¹¹⁵⁰ *Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1907, S 274 Fn. 1.

Lustgefühl oder nach der Befreiung vom Unlustgefühl¹¹⁵¹. Man wolle etwas tun, weil man dies selbst oder ein dahinterstehendes Angenehmes wünsche¹¹⁵². Fast nie werde ein Verbrechen als Endziel begangen, da auch das absichtliche Verbrechen nur ein Mittel zu diesem Streben sei¹¹⁵³.

In ähnlicher Weise bezeichnet *Mayer* die Vorstellungen zwar zunächst als Beweggründe und Motive. Er betont aber zugleich, dass sich nicht die bloße Vorstellung auswirke, sondern die „durch Gefühle gefärbte“ Vorstellung. Kraftvoll seien Lust- und Unlustgefühle. Das Gefühl mache aus der bloßen Vorstellung eine „wirkende Vorstellung“ bzw. „ein Motiv“¹¹⁵⁴.

Für diese Lehren werden Straftaten also nicht durch Vorstellungen, sondern durch das Lust- und Unlustgefühl angetrieben. Es liegt daher nahe, dass eine Straftat desto wahrscheinlicher begangen wird, je mehr Lustgefühl und je weniger Unlustgefühl der potenzielle Täter – direkt oder indirekt – bei einer Straftat empfindet.

1.3. Einstellung (Gesinnung) und Handlung

Viele verstehen unter dem Wollenselement nicht eine Emotion im eigentlichen Sinne, sondern eine Gesinnung oder Einstellung im Sinne der Handlungsmaxime, die in der Straftat zum Ausdruck gekommen oder aus denen die Straftat entstanden ist.

1.3.1. Vorsatz als Indiz für die gefährliche Gesinnung

Schon Ende des 18. Jahrhunderts beurteilte *Stübel* die subjektive Größe des Delikts anhand der Gesinnung¹¹⁵⁵. Gesinnung im allgemeinen Sinn könne zwar auch auf die umfassende Moralität, den guten oder bösen Charakter des Menschen hindeuten. Das Strafrecht und die Strafrichter dürfen nach *Stübel* aber „die Gesinnung eines Verbrechers nur in Rücksicht ihrer erkennbaren Gefährlichkeit für die Sicherheit beurteilen“¹¹⁵⁶, d. h., wenn die durch die Straftat zu erkennen gegebene widerrechtliche Neigung und Gesinnung „in uns die wahrscheinliche Furcht der Wiederholung seiner unrechtmäßigen Handlung erregt“¹¹⁵⁷. „Je intensiver die Gesinnung den „Mangel an Achtung“ gegenüber den Strafgesetzen manifestiere, desto wahrscheinlicher würden die durch Strafgesetze ge-

¹¹⁵¹ *Bar*, a.a.O., S. 307.

¹¹⁵² *Bar*, ZStW 18 (1898), 534 (536).

¹¹⁵³ *Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1907, S. 311.

¹¹⁵⁴ *Mayer*, AT, 2. Aufl. (1923), S. 104; vgl. oben Fn. 1132–1135.

¹¹⁵⁵ *Stübel*, System des allgemeinen peinlichen Rechts, 1795, § 228.

¹¹⁵⁶ *Stübel*, a.a.O., § 235.

¹¹⁵⁷ *Stübel*, a.a.O., §§ 13, 194.

geschützten Rechte gefährdet¹¹⁵⁸. Für *Stübel* stellt der Vorsatz allerdings nur einen der zahlreichen Gesichtspunkte dar, die den Grad des Mangels an Achtung gegenüber den Strafgesetzen und letztendlich die Gefährlichkeit der Gesinnung ausmachen sollen¹¹⁵⁹.

1.3.2. Gesinnung als Vorsatzelement und als Handlungsmaxime

Im Gegensatz zu *Stübel* wird die Gesinnung heute überwiegend als ein Element des Vorsatzes angesehen und teilweise explizit als „Handlungsmaxime“ bezeichnet.

Mit der Lehre der „Doppelstellung des Vorsatzes“ betrachten *Jescheck/Weigend* den Vorsatz sowohl als Unrechtsmerkmal auch als ein selbstständiges Schuldmerkmal. Es gehe beim Schuldurteil nur um einen Teil des Willenselements vom Vorsatz, nämlich um den Entschluss zur Tat¹¹⁶⁰. Dieser Entschluss sei „Ergebnis des Willensbildungsprozesses“ der auf „alle Determinanten im innerseelischen Bereich des Täters“ basiere¹¹⁶¹. „Zu den Determinanten für den Entschluss gehöre die „rechtlich missbilligte Gesinnung¹¹⁶²“ bzw. „Handlungsmaximen“, die dem Entschluss zur Tat zugrunde liegen sollen oder aus denen der Entschluss zur Tat erwachsen sei. An dieser Stelle hört man quasi ein Echo von *Stübel*, wenn *Jescheck/Weigend* den Schuldvorwurf nur insoweit für berechtigt halten, als sich in der Tatbegehung die „gegen den Achtungsanspruch des jeweils geschützten Rechtsguts gerichtete Gesinnung des Täters manifestiert¹¹⁶³.“ Außerdem sei die Gefahr für das Rechtsgut „in der Regel umso größer, je intensiver sich der Wille des Täters gegen das in der Norm enthaltene Verletzungsverbot richtet¹¹⁶⁴.“

Hierzu zählt auch *Schünemann*, der das „Gesinnungsmoment“ des Vorsatzes als „die durch das bewußte Handeln des Täters manifestierte Maxime seines Handelns“ definiert, die er auch als „rechtsgüterfeindliche Gesinnung“ oder „Handlungsmaxime“ bezeichnet¹¹⁶⁵.

Der Begriff „Handlungsmaxime“ ist aber bei etlichen Autoren angedeutet. Für *Engisch* bedeutet z. B. „die Gleichgültigkeit gegen die Tatbestandsverwirklichung“, dass der Täter durch sein Handeln zeigt, dass er die rechtlich geschützten Güter geringschätzt¹¹⁶⁶. Dies sei der Fall, wenn der Täter Gesinnungen gegenüber dem Handlungserfolg habe, wie

¹¹⁵⁸ *Stübel*, a.a.O., §§ 238–239, 228.

¹¹⁵⁹ *Stübel*, a.a.O., § 261.

¹¹⁶⁰ *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 294.

¹¹⁶¹ *Jescheck/Weigend*, a.a.O., S. 430.

¹¹⁶² *Jescheck/Weigend*, a.a.O., S. 426.

¹¹⁶³ *Jescheck/Weigend*, a.a.O., S. 422.

¹¹⁶⁴ *Jescheck/Weigend*, a.a.O., S. 238.

¹¹⁶⁵ *Schünemann*, GA 1985, 341 (364); *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (372, 374).

¹¹⁶⁶ *Engisch*, Vorsatz, 1964, S. 460 f.

z. B. „alles recht“, „für ihn spielt keine Rolle“ oder „darüber macht er sich keinen großen Gedanken“¹¹⁶⁷.

Auch *Frisch*, der das Willenselement des Vorsatzes für „deplatziert“ hält¹¹⁶⁸, gewährt der Absicht eine Rolle bei der Strafzumessung. Demzufolge verrate die absichtliche Tat „typischerweise eine wesentlich stärkere Abweichung von den Wertprinzipien der Gemeinschaft als Handeln“ als eine bedingt vorsätzliche Tat¹¹⁶⁹. Die rechtsfeindliche Zielsetzung dokumentiere nämlich eine „besondere Gefährlichkeit des Täters für das jeweilige Rechtsgut“¹¹⁷⁰.

In ähnlicher Weise und prägnant weist *Joecks* darauf hin, dass „die Wertvorstellungen des Vorsatztäters jedenfalls im Zeitpunkt der Tat andere als die der Gesellschaft“ seien¹¹⁷¹. Nach *Sternberg-Lieben/Schuster* nehme der Täter die mögliche Rechtsgutsverletzung „regelmäßig dadurch in Kauf [...], dass er seine Interessen dem Risiko der Verletzung fremder Interessen vorzieht“¹¹⁷².

All diese Charakterisierungen für das Willenselement lassen sich als Handlungsmaximen verstehen. Insbesondere aus den Ausführungen von *Jescheck/Weigend* und *Schünemann*, aber auch *Frisch*, lässt sich eine These über die Beziehung zwischen der Gesinnung und Handlung ableiten: Die Tatbegehung einer Person erscheine umso wahrscheinlicher und sie stelle damit umso gefährlicher für das Rechtsgut dar, je intensiver ihre Einstellung gegen die Norm ausgeprägt sei.

1.3.3. Interpretierte Handlungsmaxime?

Etwas anders verhält es sich bei einem Teil der Vorstellungstheoretiker, die das Wollen zwar als „Maxime“ oder „Maßgabe“ der Handlung bezeichnen, aber nicht als psychisches Substrat verstehen, sondern sie interpretieren das Wissenselement oder/und die objektiven Umstände als Handlungsmaxime.

So müsse nach *Bekker* das Wissen „wenigstens so viel Bestimmtheit und Wahrscheinlichkeit“ aufweisen, dass „es unter den gegebenen Umständen für die Handlungsweise eines guten und getreuen Staatsbürgers *maßgebend* [Hervorhebung hinzugefügt] sein müsste“¹¹⁷³. Indem der Täter den Erfolg in diesem Maß vorhersieht und handelt, „drückt er

¹¹⁶⁷ *Engisch*, a.a.O., S. 187–189.

¹¹⁶⁸ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 300.

¹¹⁶⁹ *Frisch*, a.a.O., S. 499.

¹¹⁷⁰ *Frisch*, a.a.O., S. 501.

¹¹⁷¹ *Joecks*, in: MK-StGB, 2. Aufl. (2011), § 16, Rn. 11.

¹¹⁷² *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 15, Rn. 82.

¹¹⁷³ *Bekker*, Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts, 1859, S. 278.

tatsächlich seine Billigung aus¹¹⁷⁴.“

An deutlichsten tritt eine interpretierte Handlungsmaxime bei *Puppe* hervor, die für die Annahme eines Vorsatzes ausdrücklich „nicht nach dem wirklichen Willen des Täters¹¹⁷⁵“ frage. Das Verhalten des Täters sei als „Ausdruck der Maxime, dass die Verletzung des anderen sein soll oder doch sein darf, wenn ein verständig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle nur dann so hätte handeln können, wenn er den Erfolg tatsächlich gewollt oder doch gebilligt hätte¹¹⁷⁶“ zu interpretieren.

Der BGH vertritt in manchen Entscheidungen die „Billigung im Rechtssinne“. Demnach billige der Täter einen unerwünschten Erfolg im Rechtssinne auch dann, wenn er sich um des erstrebten Zieles willen notfalls auch mit dem Eintritt des unerwünschten Erfolgs abfinde¹¹⁷⁷.

Für die vorliegende Arbeit sind derartige Lehren und Rechtsprechung aber irrelevant, da eine *nachträglich* interpretierte Maxime von der Definition her nicht in der Lage ist, die Tathandlung *vor* oder *bei* der Begehung zu beeinflussen. Diese Lehren und Rechtsprechung stehen daher außerhalb unserer empirischen Überprüfung.

1.4. Ziel und Handlung

Heute herrscht die Meinung vor, dass die Vorsatzform „Absicht“ als Zweck bzw. als Ziel anzusehen ist. Nur vereinzelt wird vertreten, dass bei der Absicht „der Erfolgseintritt gerade Motivationsgrund“ sei¹¹⁷⁸. Im Übrigen wird weitgehend davon ausgegangen, als Absicht gelte sowohl der Endzweck als auch das Zwischenziel¹¹⁷⁹. *Jescheck/Weigend* definieren die Absicht als Ziellanstrebung oder zielgerichtete Tätigkeit. Eine Absicht liege vor, wenn der Täter die tatbestandsmäßige Handlung, den tatbestandsmäßigen Erfolg oder beides anstrebt. „Charakteristisch für die Absicht ist, daß der Täter sein Verhalten nach der Zielvorstellung errichtet und daß er im Interesse der Erreichung des Ziels tätig wird“. Dabei sei es gleichgültig, „ob der Erfolg zugleich der Beweggrund (das Motiv) für die Tat

¹¹⁷⁴ *Bekker*, a.a.O., S. 254.

¹¹⁷⁵ *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 74.

¹¹⁷⁶ *Puppe*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 15, Rn. 68; *Puppe*, in: NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 15, Rn. 68; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1 (41).

¹¹⁷⁷ BGH, Urt. v. 22.4.1955 – 5 StR 35/55, BGHSt, 363 (369).

¹¹⁷⁸ *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, 28. Ed. (2015), § 15, Rn. 17.

¹¹⁷⁹ *Gropp*, AT, 4. Aufl. (2015), § 4 Rn. 159; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, 28. Ed. (2015), § 15, Rn. 17; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 15, Rn. 66; *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 211; *Vogel*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 15, Rn. 81; *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 10; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 297; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969), S. 123.

ist oder ob es sich nur um ein Zwischenziel des Täters handelt, das sich als Mittel zur Erreichung weiterer Ziele darstellt¹¹⁸⁰.“

Will man weiter fragen, welche Rolle ein Ziel für die Handlung spielt, gibt es in der Strafrechtswissenschaft, im Vergleich zur Rolle des Wissens, relativ weniger Erklärungen.

1.4.1. Planvolle Zielanstrebung

Der Zweck spielt auch bei der finalen Handlungslehre die Hauptfigur. *Welzel* bezeichnet menschliche Handlungen als „Ausübung der Zwecktätigkeit“. Ein Zweck richte sich darauf, die Zukunft durch Handlungen zu gestalten. Der Wille nehme durch die Voraussicht der Folgen vom kausalen Eingreifen ein Ziel vorweg und wähle die zur Zielerreichung erforderlichen Handlungsmittel aus. Der Mensch könne „sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken¹¹⁸¹.“ Geht man von der Lehre *Welzels* ein Stück weiter, könnten Schlüsse auf die Vorsatzabstufung gezogen werden, dass z. B. eine planvolle Zielanstrebung effizienter wäre, das Ziel zu erreichen, als eine Zielanstrebung ohne Plan.

Die Einflüsse der Planung werden im Kontext der Vorsatzabstufung nur gelegentlich besprochen und spielen dementsprechend bei der Strafzumessungspraxis auch nur eine geringe Rolle. *H.-J. Albrecht* geht theoretisch etwa davon aus, die Planung könne bei den von ihm untersuchten Delikten eine herausgehobene Gefährlichkeit der Tat indizieren und soll deshalb die Unterschiede im Strafmaß zu einem nicht unwesentlichen Teil erklären¹¹⁸². In seiner Untersuchung der Strafzumessungspraxis stellt sich aber heraus, dass beim Einbruchsdiebstahl, einfachem sowie schwerem Raub (§§ 243 Abs. 1, 249, 250 StGB) die Planung nur 1 Prozent der Varianz im Strafmaß erklärt, bei der Vergewaltigung (§ 177 StGB) noch weniger¹¹⁸³. Allerdings, wie noch zu zeigen sein wird, gibt es reichlich empirische Unterstützung für den Einfluss der Zielsetzung und der planvollen Zielanstrebung auf die Zielerreichung¹¹⁸⁴. Dies könnte darauf hindeuten, dass die Strafzumessungspraxis einige Änderungen vornehmen muss¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁰ *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 297.

¹¹⁸¹ *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. (1969), S. 33–34, 37.

¹¹⁸² *Albrecht*, Strafzumessung, 1994, S. 254

¹¹⁸³ *Albrecht*, a.a.O., S. 333–334, 338–340, 342.

¹¹⁸⁴ S. 259 ff.

¹¹⁸⁵ S. 282.

1.4.2. Bereitschaft zum Verzicht auf die Tatbegehung

Es gibt eine weitere Gedankenrichtung, die die Wirkung der Absicht darin sieht, dass sie die Bereitschaft des Täters zum Verzicht auf die Tatbegehung vermindert.

Frisch sucht die Rechtfertigung der erhöhten Bestrafung von Absichtstaten im Verhältnis zu Taten mit *dolus eventualis* u. a. in der Gefährlichkeit für das Opfer. Bei *dolus eventualis* könnte „der Geschehensablauf dann noch zugunsten des Opfers korrigiert werden“, wenn das Ziel des Täters nicht mehr gefährdet ist. „Für eine solche Korrektur ist in den Fällen der Absicht schon nach dem Tatplan kein Raum¹¹⁸⁶.“

Hörnle vertritt eine durchaus ähnliche Lehre vom „Gefährdungspotential aus der Opferperspektive“: Das Opfer müsse damit rechnen, dass ein zielstrebiges Täter zur Erreichung seines Ziels alle verfügbaren Mittel einsetzen und nötigenfalls auch mehrfach ansetzen würde, während bei einem bedingt vorsätzlich Täter „die Chance besteht, einem ersten Angriff entkommen zu können.“ Kurzgefasst: Absichtlicher Täter sei bedrohlicher¹¹⁸⁷.

Obwohl *Frisch* und *Hörnle* nur die Abstufung zwischen der Absicht und dem *dolus eventualis* besprechen und es sich bei den anderen Autoren¹¹⁸⁸ nicht um die Vorsatzabstufung handelt, liegt es nahe, dass die Intensität des Wollens auf die Bereitschaft des Täters zum Verzicht auf die Tathandlung hindeutet.

Stam wendet jüngst ein, dass die Überlegung von *Frisch* und *Hörnle*, der absichtliche Täter sei gefährlicher für das Opfer, „allenfalls für das versuchte, nicht hingegen für das vollendete Delikt“ gelte. Sei das Delikt aber vollendet und der Erfolg bereits eingetreten, habe „vorher eine maximal-hohe Gefahr für das Rechtsgut bestanden – unabhängig von der Vorsatzform¹¹⁸⁹.“ *Stams* Einwand steht mit der modernen Wissenschaftstheorie jedoch nicht im Einklang. Der Wissenschaftstheorie zufolge bleibt der Einfluss eines Bestimmungsfaktors auf die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs *ceteris paribus* der Gleiche, egal ob dieser eintreten oder nicht eintreten wird¹¹⁹⁰. Dementsprechend hat die Vorsatzform, wenn sie überhaupt einen Bestimmungsfaktor für die Gefahr einer Handlung darstellt,

¹¹⁸⁶ *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 499 f.; zu *Frischs* Ansicht bezüglich der Vermeidemacht, s. oben S. 234.

¹¹⁸⁷ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 263; *Hörnle*, in: *Frisch/von Hirsch/Albrecht* (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 99 (118); *Hörnle*, in: *Frisch* (Hrsg.), Grundfragen, 2011, S. 113 (120).

¹¹⁸⁸ Etwa *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 46. Aufl. (2016), Rn. 329; *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 225; *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), Rn. § 12 Rn. 23; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 300, 563–564.

¹¹⁸⁹ *Stam*, JZ 73 (2018), 601 (606).

¹¹⁹⁰ Vgl. S. 103–104, 156.

auch beim vollendeten Delikt eine Relevanz für die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts. Die richtige Frage lautet vielmehr: Ob die Vorsatzform ein Bestimmungsfaktor für den Gefahrengrad der Handlung ist und wie stark der Effekt der Vorsatzform ist? Diese Fragen werden im Folgenden erörtert.

2. Empirische Erkenntnisse

So wie in den vorherigen Kapiteln werden hier die Kritik bzw. Untermauerung der Strafrechtslehren vor allem auf psychologische und kriminologische Studien gestützt. Dabei ist auf einen wichtigen Unterschied zwischen diesen Studien und dem Strafrecht zu verweisen: Diese Studien differenzieren in der Regel nicht zwischen der bloßen Handlung und der Handlung, die zu einem Erfolg führt. Beide werden, insbesondere in den Metaanalysen, einfach als Handlung oder Verhalten bezeichnet. Mit der strafrechtlichen Terminologie gesprochen: Sowohl Tätigkeitsdelikte als auch Erfolgsdelikte werden unter der Rubrik „Straftaten“ untersucht. Daher weist ein und dieselbe Effektschätzung der empirischen Studie regelmäßig sowohl auf den Effekt auf die Handlung als auch den Effekt auf den Handlungserfolg. Ob und inwiefern die Effektstärken desselben psychologischen Konstrukts für die beiden Gegenstände unterschiedlich ausfallen, wird auch im Folgenden untersucht¹¹⁹¹.

2.1. Die zu überprüfenden Thesen

Es gibt, wie bisher dargestellt, auf den ersten Blick eine Vielfalt von Lehren, die das Wissens- oder Wollenselement des Vorsatzes mit der Wahrscheinlichkeit einer Handlung sowie ihres Erfolgs in Beziehung setzen. Um die Diskussion über die Tätigkeitsdelikte und Erfolgsdelikte gleichzeitig zu führen, benutzen wir im Folgenden in Anlehnung an eine übliche Praxis¹¹⁹² den Begriff von „Risiko für die Tatbestandsverwirklichung“.

Aus diesen Lehren lassen sich empirische Thesen stellen, dass das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung *höher* liege, wenn

1. die vorgestellte Erfolgchance höher liegt (→ Abschnitt 1.1.3),
2. der Täter den vorgestellten Erfolg zum Ziel macht (→ Abschnitt 1.1.4),

¹¹⁹¹ Vgl. unten bei Fn. 1286.

¹¹⁹² Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 150; Tomiak, HRRS 2017, 225 (228); Schünemann, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (364); Fahl, Regeltatbild, 1996, S. 154; Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 63; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 17; dazu bei Fn. 1166, 1188.

3. er mehr Lustgefühle und weniger Unlustgefühle bei einer Straftat empfindet (→ Abschnitt 1.2),
4. er mehr oder stärkere Einstellungen bzw. Handlungsmaximen gegen das Recht und für die Straftat innehat (→ Abschnitt 1.3),
5. er das deliktische Ziel planvoll anstrebt (→ Abschnitt 1.4.1) oder
6. er wegen der Zielsetzung oder Zielanstrebung weniger bereit zum Verzicht auf die Tatbegehung ist (→ Abschnitt 1.4.2).

Von einer anderen Seite her betrachtet, könnte geltend gemacht werden, dass das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung *niedriger* liege, wenn

1. im Täter stärkere Gegenmotive bzw. psychologische Hindernisse durch deutlicher Voraussicht des Erfolgs hervorgerufen werden (→ Abschnitt 1.1.2) oder
2. er höhere Vermeidemacht wegen höheren Wissens um den Handlungserfolg besitzt (→ Abschnitt 1.1.5).

Nur die Lehren in Abschnitt 1.1.1 betreffen ein anderes Thema, nämlich die Willensfreiheit. Danach trage das Wissen zur Willensfreiheit bei. Je deutlicher der Täter die Auswirkung seiner Handlung voraussehe, desto freier sein Wille zur Entscheidung¹¹⁹³ – auf diese These kann hier nicht eingegangen werden, da bereits über die vorausgesetzten Begriffe wie Willen, Freiheit und Willensfreiheit, weder philosophisch noch wissenschaftlich ein Konsens vorliegt¹¹⁹⁴. Ebenso wenig lässt sich die Beziehung zwischen der Willensfreiheit und dem Inhalt des Wissens feststellen. Dies hindert aber nicht daran, den anderen Thesen in Abschnitt 1 über den Zusammenhängen zwischen den Vorsatzelementen und der Handlung auch ohne den Umweg über die Willensfreiheit nachzugehen. Tatsächlich ist die Verhaltenswissenschaft bislang so verfahren. Im Folgenden werden die restlichen Thesen anhand der empirischen Erkenntnisse überprüft.

¹¹⁹³ Koch, Anfangsgründe, 1790, vor § 36, §§ 55–56; Feuerbach, Lehrbuch, 11. Aufl. (1832), § 116.

¹¹⁹⁴ Vgl. Dharani, The Biology of Thought, 2015, S. 203; Fuster, The Prefrontal Cortex, 5. Aufl. (2015), S. 420; Gazzaniga/Ivry/Mangun, Cognitive Neuroscience, 4. Aufl. (2014), S. 623–643; Gazzaniga, Who's in charge?, 2012, S. 105–142, 215; Fuster, The Neuroscience of Freedom and Creativity, 2013, S. 18–22, 56, 79, 82, 109–110, 191, 210; Kane, in: Suarez/Adams (Hrsg.), Science with Free Will, 2013, S. 255 (261, 265); Tononi, in: Suarez/Adams (Hrsg.), Science with Free Will, 2013, S. 147 (171–172, 175); Andrade, in: Braisby/Gellatly (Hrsg.), Cognitive Psychology, 2012, S. 577 (603); Libet, in: Sinnott-Armstrong/Nadel (Hrsg.), Will and Responsibility, 2011, S. 1 (7 f.).

2.2. Vorgestellte Erfolgschance und Handlung

Die Thesen auf Grundlage der Annahme, die Vorstellung veranlasse das Wollen oder bereite Gegenmotive (→ Abschnitt 1.1.2, 1.1.3 und 1.1.4), stehen insofern außer Zweifel, als sie darauf hinweisen, dass die Vorstellung weitere psychische Vorgänge, z. B. Emotion und Denken, hervorrufen können. Diese Erkenntnis gehört nicht nur zur allgemeinen Lebenserfahrung, sondern sie dient auch in zahllosen Studien als Grundlage. Forschungen über Emotion, Gedächtnis, Schlussfolgerung, Entscheidungsfindung und Problemlösung¹¹⁹⁵ – darunter auch die Mehrheit der in dieser Arbeit angeführten Studien – sind nämlich stark darauf angewiesen, dass Studienteilnehmer durch eine Vorstellung zu diesen Vorgängen veranlasst werden.

Bevor wir weiter mit den empirischen Befunden arbeiten, muss sich zunächst die Vorstellung auf „vorgestellte Erfolgschance“ beschränken, weil es beim Wissenselement des Vorsatzes in erster Linie um die Wahrscheinlichkeitsprognose geht, ob der Täter den Erfolgseintritt bzw. die Tatbestandsverwirklichung für sicher, wahrscheinlich oder (nur) möglich hält. Sodann gilt es, da die Wirkungen der Motive und Gegenmotive sich widersprechen, zu fragen: Haben die Motive oder Gegenmotive einen größeren Einfluss auf die Handlung? Erhöht oder reduziert die vorgestellte Erfolgschance im Durchschnitt die Wahrscheinlichkeit einer Handlung?

2.2.1. Psychologie

Zahlreiche psychologische Theorien haben die Thesen aufgestellt, dass das Verhalten maßgeblich durch Vorstellungen, insbesondere die von Nutzen, Kosten, Erfolgs- und Ver lustchance, bestimmt werden¹¹⁹⁶. Unter diesen Theorien wird die *sozial-kognitive Theorie* (engl.: „social cognitive theory“) näher betrachtet, da sie die vorgestellte Erfolgschance eine zentrale Rolle spielt.

Die sozial-kognitive Theorie wird von *Bandura* seit den 1960er-Jahren entwickelt. Diese Theorie beschreibt eine triadische wechselseitige Kausalität zwischen Verhalten, Person und Umwelt, nämlich, wie das Erlernen, Ausführen und Anpassen menschlichen

¹¹⁹⁵ *Robinson-Riegler/Robinson-Riegler*, Cognitive Psychology, 3. Aufl. (2012), Chapter 11 und 12; *Anderson/Anderson*, Cognitive Psychology, 7. Aufl. (2010), Chapter 6–11; *Kamerdze/Loughran/Paternoster u. a.*, Journal of Research in Crime and Delinquency 51 (2014), 620 (620); *Cushman/Young/Greene*, in: *Doris* (Hrsg.), Handbook, 2010, S. 47 (50–52, 60–61); *Mallon/Nichols*, in: *Doris* (Hrsg.), Handbook, 2010, S. 297 (308–310, 314).

¹¹⁹⁶ Vgl. die Liste bei *Sheeran/Klein/Rothman*, Annual Review of Psychology 68 (2017), 573 (579); dazu *Kahneman/Tversky*, Econometrica 47 (1979), 263 (265); *Newell*, in: *Eysenck/Groome* (Hrsg.), Cognitive Psychology, 2015, S. 162 (168–173); *Anderson/Anderson*, Cognitive Psychology, 7. Aufl. (2010), S. 312 f; *Robinson-Riegler/Robinson-Riegler*, Cognitive Psychology, 3. Aufl. (2012), S. 483–486.

Verhaltens in Wechselwirkung mit den *persönlichen* (kognitiven, affektiven und biologischen) Faktoren und der *Umwelt* sich beeinflussen¹¹⁹⁷. Die Schlüsselfigur der Theorie ist die *Selbstwirksamkeitserwartung* (engl.: „perceived self-efficacy“; kurz: „self-efficacy“), unter der das Vertrauen einer Person in die eigenen Fähigkeiten und die Erwartung, durch Gestaltung und Ausführung von Handlungen die kommenden Situationen bewältigen zu können, verstanden wird. Im Fokus steht das Vertrauen in die Fähigkeit der kausalen Einwirkung. Die sozial-kognitive Theorie geht davon aus, die Selbstwirksamkeitserwartung beeinflusse, wie man denkt, sich fühlt, motiviert und handelt¹¹⁹⁸. Je höher die Selbstwirksamkeitserwartung einer Person an einer Aktivität ist, desto intensiver tritt ihre Intention bezüglich dieser hervor, desto wahrscheinlicher ist ihre Vornahme, umso stärker wird auf ihre Vornahme beharrt, Mühe investiert, um Erfolg zu erzielen¹¹⁹⁹.

Die Relevanz der Selbstwirksamkeitserwartung für die Vorsatzabstufung zeigt sich darin, dass sie typischerweise mit den Fragestellungen zur vorgestellten Erfolgchance gemessen wird, wie z. B.: „Schätzen Sie auf einer Skala von 0 bis 100 die Wahrscheinlichkeit ein, dass Sie in den kommenden 6 Wochen erfolgreich abnehmen, wenn Sie es versuchen?“ Oder: „Wie sicher sind Sie sich, ...“; „Inwieweit sehen Sie sich als in der Lage, ...“¹²⁰⁰. Beim Vorsatzbegriff wird ebenfalls nach der vorgestellten Erfolgchance des Täters gefragt, um zwischen sicherem Wissen und bedingten Vorsatz zu differenzieren.

Zahlreiche Experimente belegen, dass die Selbstwirksamkeitserwartung zur Motivation sowie Erfolgsreichung bei vielfältigen Aktivitäten, wie etwa Gesundheitsverhalten, akademischer und sportlicher Leistung, mittelmäßig bis stark beiträgt¹²⁰¹. Sie stellt den mächtigsten Prädiktor sowie Bestimmungsfaktor in der sozial-kognitiven Theorie dar¹²⁰². Obwohl bei einem kleinen Teil (unter 7 %) der Studien ein negativer Effekt beobachtet wurde, hält *Bandura* dies aber für naturgemäß, da keine Theorie, die die Komplexität des menschlichen Verhaltens zu erklären versucht, einen unveränderlichen Effekt behaupten könne. Theorien müssten sich also um die Aufklärung von Bedingungen bemühen, unter

¹¹⁹⁷ *Bandura*, Journal of Management 38 (2011), 9 (11, 13); *Bandura*, in: *Mark* (Hrsg.), Social Psychology, 2011, S. 33 (34).

¹¹⁹⁸ *Bandura*, in: *Bandura* (Hrsg.), Self-efficacy, 1995, S. 1 (2 f.).

¹¹⁹⁹ *Bandura*, in: *Mark* (Hrsg.), Social Psychology, 2011, S. 33 (36, 46); *Bandura*, Journal of Management 38 (2011), 9 (14); *Bandura*, in: *Bandura* (Hrsg.), Self-efficacy, 1995, S. 1 (6); dazu auch *Webb/Sheeran*, Psychological Bulletin 132 (2006), 249 (250).

¹²⁰⁰ *Ajzen*, Attitudes, Personality, and Behavior, 2. Aufl. (2005), S. 120; *Armitage/Conner*, British Journal of Social Psychology 40 (2001), 471 (479 f.).

¹²⁰¹ *Tzur/Ganzach/Pazy*, Human Performance 29 (2016), 362 (362); *Bandura*, in: *Mark* (Hrsg.), Social Psychology, 2011, S. 33 (48).

¹²⁰² *Bandura*, Journal of Management 38 (2011), 9 (15); *Bandura*, in: *Mark* (Hrsg.), Social Psychology, 2011, S. 33 (36).

denen ein starker, schwacher oder auch negativer Effekt eines Faktors erwartet werden kann¹²⁰³. In diesem Kontext zeigen einige Experimente, dass die Selbstwirksamkeitserwartung eine positive Wirkung auf die Leistung beim Computerspielen und einfacher Mathematik erzielt, wenn die Belohnung hoch ist, es zeigt sich eine negative Wirkung, wenn die Belohnung niedrig ist¹²⁰⁴.

Wegen ihres maßgeblichen Einflusses wird die Selbstwirksamkeitserwartung von zumindest zehn Theorien als wichtige Determinante für die Verhaltensveränderung angesehen¹²⁰⁵. In der *Theorie des geplanten Verhaltens* (engl.: „theory of planned behavior“), einer der meist verifizierten Theorien zur Verhaltensveränderung, wird die Selbstwirksamkeitserwartung als Synonym für die *wahrgenommene Verhaltenskontrolle* (engl.: „perceived behavior control“) verwendet. Wer die eigene Kontrolle über ein Verhalten als höher wahrnimmt, neigt dazu, eine stärkere Intention auf dieses zu haben, nimmt diese wahrscheinlicher vor und erzielt bessere Ergebnisse¹²⁰⁶.

Aus einer neuerlichen Metaanalyse von 109 Experimenten ergibt sich, dass die experimentelle Manipulation zu einer mittleren Veränderung in Selbstwirksamkeitserwartung (Effektstärke $d = 0,65$; entspricht¹²⁰⁷ $r = 0,31$), einer mittleren Veränderung in Intention ($d = 0,51$; entspricht $r = 0,25$) und einer knapp mittleren Veränderung in der Handlung ($d = 0,47$; entspricht $r = 0,23$) führt. Das bedeutet grundsätzlich, dass eine höhere Selbstwirk-

¹²⁰³ Bandura, Journal of Management 38 (2011), 9 (10 f.).

¹²⁰⁴ Tzur/Ganzach/Pazy, Human Performance 29 (2016), 362 (373).

¹²⁰⁵ Eine Übersicht bei Sheeran/Maki/Montanaro u. a., Health Psychology 35 (2016), 1178 (1179 f.).

¹²⁰⁶ So die Darlegung des Begründers der Theorie: Ajzen/Fishbein, in: Albarracín (Hrsg.), Handbook, 2014, S. 173 (193–195); Ajzen, Attitudes, Personality, and Behavior, 2. Aufl. (2005), S. 118, 134. Vgl. auch Sheeran/Klein/Rothman, Annual Review of Psychology 68 (2017), 573 (592); Aronson/Wilson/Akert, Social Psychology, 8. Aufl. (2013), S. 186; Brubaker/Fowler, Journal of Applied Social Psychology 20 (1990), 1411 (1420).

¹²⁰⁷ Die Effektstärke „Cohen’s d “ (kurz: „ d “) bemisst die standardisierte Mittelwertdifferenz zwischen zwei Gruppen, d. h. die Division der Mittelwertdifferenz durch die Standardabweichung. Mit „ d “ kann man trotz unterschiedlicher Stichprobe, Operationalisierung eines Konstrukts und Messmethode die Ergebnisse mehrerer Studien auf der Basis der gleichen Einheit (d. h. der Standardabweichung) vergleichen, integrieren und ausdrücken; dazu Cumming, Understanding the new statistics, 2012, S. 281–283; Borenstein/Hedges/Higgins u. a., Meta-Analysis, 2009, S. 25–27; Eisend, Metaanalyse, 2014, S. 15–17.

– Nach einer von Cohen aufgestellten und inzwischen weit anerkannten Maßgabe entspricht ein d ab 0,2 oder ein Korrelationskoeffizient (r) mit dem absoluten Wert ab 0,1 einem kleinen Effekt, ein d ab 0,5 oder ein r ab 0,3 einem mittleren Effekt, ein d ab 0,8 oder ein r einem großen Effekt. Dies gilt aber nur, wenn keine näheren Kenntnisse über die Einteilung der Effektstärke für das jeweilige Thema zur Verfügung stehen; dazu Cohen, Psychological Bulletin 112 (1992), 155 (157).

– In der Metaanalyse verwendet man auch die Symbole „ d_+ “ oder „ d_s “, um klarzustellen, dass es sich um einen durchschnittlichen d -Wert geht, der aus mehreren d -Werten berechnet wird.

– „Cohen’s d “ kann durch folgende Formel in Pearsons Korrelation (r) umgerechnet werden, wenn die Stichprobengrößen der zwei Gruppen gleich groß oder unbekannt – oft der Fall für Metaanalysen – sind:

$$r = d / \sqrt{d^2 + 4} \quad ; \text{ vgl. Borenstein/Hedges/Higgins u. a., Meta-Analysis, 2009, Formel 7.7 und 7.8.}$$

samkeitserwartung mehr Handlungen und bessere Handlungserfolge herbeiführt¹²⁰⁸. Mit diesen Effektstärken reiht sich die Selbstwirksamkeitserwartung als einer der stärksten Bestimmungsfaktoren sowohl für die Intention als auch für die Handlung ein. Aus einer Mediatoranalyse geht zudem hervor, dass der Einfluss der Selbstwirksamkeitserwartung auf die Handlung teilweise durch die Intention vermittelt wird. Das bedeutet, dass die Selbstwirksamkeitserwartung sowohl zu den absichtlichen als auch zu den nicht-absichtlichen Handlungen beiträgt. Außerdem könnten die Einflüsse der Selbstwirksamkeitserwartung und der Intention auf die Handlung gewissermaßen additiv sein, wenn die Intention von anderen Faktoren als der Selbstwirksamkeitserwartung beeinflusst wird¹²⁰⁹.

Da der Sinn der Effektstärken d und r oft nicht intuitiv zu begreifen ist, haben *Rosenthal/Rubin* zur Veranschaulichung ihrer praktischen Bedeutung im experimentellen Kontext das „BESD“ (engl.: „Binomial Effect Size Display“) vorgeschlagen¹²¹⁰, das schnell eine weit verbreitete Anwendung gefunden hat. Nach dem „BESD“ entsprechen die Effektstärken für die Handlung ($d = 0,47$; entspricht $r = 0,23$) dem Umstand, dass 61,5 % der Versuchsgruppe und 38,5 % der Kontrollgruppe die jeweilige Handlung vornehmen würden, wenn die beiden Gruppen gleich groß wären und die Hälfte der Probanden handeln würde.

Anhand dieser Befunde kann die Ausgangsfrage beantwortet werden: *Die vorgestellte Erfolgchance stellt im Durchschnitt eher als Motiv als Gegenmotiv dar.*

2.2.2. Kriminologie

Trotz der Fülle psychologischer Forschung wird der Einfluss der vorgestellten Erfolgchance auf Straftaten aber nur wenig erforscht. Einige kriminologischen Theorien, wie etwa die *Theorie der rationalen Entscheidung* (engl.: „rational choice theory“¹²¹¹) und die *Theorie der generellen Persönlichkeit und des kognitiven sozialen Lernens* (engl.: „general personality and cognitive social learning theory“¹²¹²) machen geltend, dass die Selbstwirksamkeitserwartung eine wichtige Determinante für die kriminelle Handlungsentscheidung ist. Einige Studien zum Thema der „kriminellen Experten“ zeigen zudem,

¹²⁰⁸ Sheeran/Maki/Montanaro u. a., *Health Psychology* 35 (2016), 1178 (1182).

¹²⁰⁹ Sheeran/Maki/Montanaro u. a., a.a.O., S. 1183 f.

¹²¹⁰ Rosenthal/Rubin, *Journal of Educational Psychology* 74 (1982), 166 (167); Randolph/Edmondson, *Practical Assessment, Research & Evaluation* 2005, 1 (2). Die Berechnung des BESD besteht aus zwei Schritten: (1) Effektstärke in den Korrelationskoeffizient r umzurechnen; (2) Erfolgsquote der Versuchsgruppe = $0.5 + r / 2$; Erfolgsquote der Kontrollgruppe = $0.5 - r / 2$

¹²¹¹ Carroll/Weaver, in: Cornish/Clarke (Hrsg.), *Reasoning Criminal*, 2014, S. 19 (23); Fattah, in: Clarke/Felson (Hrsg.), *Rational Choice*, 2004 (250).

¹²¹² Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 47; Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 134.

dass die meisten Wiederholungstäter hohe Selbstwirksamkeitserwartung an Straftaten haben¹²¹³ und sich das als Beute oder Ziel aussuchen, was eine hohe Erfolgchance verspricht¹²¹⁴. Teilweise wird in Anlehnung an die „Modelle der dualen Prozesse“ davon ausgegangen, dass die Einschätzung der Erfolgchance zum großen Teil automatisch stattfindet¹²¹⁵. Die meisten dieser Ansätze sind aber entweder nur theoretisch oder stützen sich auf die Studien, die keine Straftat zum Gegenstand haben oder auf Interviews mit den Straftätern, die einen retrospektiven Charakter aufweisen, sodass ihre Vorhersagekraft bezweifelt wird. Nur vereinzelt werden die Vorhersagekraft und Ursächlichkeit der Selbstwirksamkeitserwartung für die Straftaten unter die Lupe genommen.

Um die *Theorie der rationalen Entscheidung* zu testen, haben Kroneberg/Heintze/Mehlkop eine repräsentative Befragung mit 2.130 Teilnehmern in Dresden durchgeführt. Gefragt wurde nach ihrer Intention in Bezug auf zwei Straftaten, nämlich Ladendiebstahl und Steuerhinterziehung. Die Teilnehmer hatten zudem Folgendes einzuschätzen bzw. anzugeben: den subjektiven Nutzen aus der Tat, die Erfolgchance, das Entdeckungsrisiko, die Strafhärte und schließlich ihre normative Einstellung zur jeweiligen Tat (wie sehr er sie als falsch hält)¹²¹⁶. Aus der Studie geht hervor, dass die normative Einstellung eine entscheidende Rolle für die utilitaristischen Erwägungen spielt. Beim Ladendiebstahl wird die Intention durch die vorgestellte Erfolgchance in Verbindung mit dem subjektiven Nutzen nur dann signifikant erhöht, wenn sich der Befragte normativ schwach einstellt; dagegen sind die Strafwahrscheinlichkeit und -härte irrelevant. Bei der Steuerhinterziehung wird die Intention durch das vorgestellte Entdeckungsrisiko in Verbindung mit der vorgestellten Strafhärte nur dann signifikant vermindert, wenn der Befragte eine niedrige normative Einstellung aufweist; dagegen sind der subjektive Nutzen und die vorgestellte Erfolgchance ohne Bedeutung. Darüber hinaus haben diejenigen mit der stärksten normativen Einstellung keine Intention hinsichtlich der beiden Taten, wie hoch auch immer der subjektive Nutzen und die vorgestellte Erfolgchance, wie niedrig auch immer die subjektive Strafwahrscheinlichkeit und -härte sind¹²¹⁷.

¹²¹³ Casey, in: Nee/Ward (Hrsg.), Expertise, 2015, S. 82 (88); Vieraitis/Copes/Powell u. a., in: Nee/Ward (Hrsg.), Expertise, 2015, S. 10 (16 f.); Brezina/Topalli, Criminal Justice and Behavior 39 (2012), 1042 (1058).

¹²¹⁴ Copes/Hochstetler/Cherbonneau, Journal of Research in Crime and Delinquency 49 (2011), 249 (249); Topalli/Jacques/Wright, in: Nee/Ward (Hrsg.), Expertise, 2015, S. 19 (21).

¹²¹⁵ Casey, in: Nee/Ward (Hrsg.), Expertise, 2015, S. 82 (87 f.); Fortune/Bourke/Ward, in: Nee/Ward (Hrsg.), Expertise, 2015, S. 33 (36); Nee, in: Nee/Ward (Hrsg.), Expertise, 2015, S. 53 (58); Ó Ciardha, in: Nee/Ward (Hrsg.), Expertise, 2015, S. 26 (27); näher zur „Modelle der dualen Prozesse“ vgl. bei Fn. 1220.

¹²¹⁶ Kroneberg/Heintze/Mehlkop, Criminology 48 (2010), 259 (270).

¹²¹⁷ Kroneberg/Heintze/Mehlkop, a.a.O., S. 282–283, 277–280.

Anstatt der vorgestellten Erfolgchance wird in zahlreichen Studien, insbesondere denen zur Abschreckungstheorie, das subjektive Entdeckungs- oder Festnahmerisiko gemessen¹²¹⁸. Eine deutsche Studie von *Becker/Mehlkop* ersetzt z. B. bei einem Teil der Analyse die vorgestellte Erfolgchance ausdrücklich durch das subjektive Risiko der Festnahme (genauer: eins minus dem Risiko) und stellt fest, dass „die vorgestellte Erfolgchance“ kleine aber signifikante positive Regressionskoeffizienten für die Intention auf Ladendiebstahl und Steuerhinterziehung aufweist. Die Autoren räumen zwar ein, dass die Erfolgchance mit dem Komplement des Festnahmerisikos nicht identisch ist. Trotzdem ersetzen sie die Erfolgchance durch das Komplement des Festnahmerisikos, weil keine Daten für die Erfolgchance vorhanden sind¹²¹⁹. Sollte es sich herausstellen, dass die Erfolgchance und das Entdeckungsrisiko unterschiedliche Einflüsse auf die Intention und Straftaten haben, wie es in der Studie von *Kroneberg/Heintze/Mehlkop* gezeigt wird, dann lässt sich aus dieser und ähnlichen Studien nur schwerlich eine zutreffende Schlussfolgerung für die Wirkung der vorgestellten Erfolgchance im eigentlichen Sinne ziehen.

Um die Bedeutung der vorgestellten Erfolgchance für die Straftaten festzustellen, wird folglich mehr Forschungen benötigt.

2.3. Emotion und Handlung

Nach heutigen Erkenntnissen stellen Emotionen, neben der vorgestellten Erfolgchance, ein weiteres wichtiges Motiv dar. Die Emotion motiviert durch eine Reihe von unbewussten Vorgängen zu Handlung oder zu Veränderung. Sie hilft die Aufmerksamkeit auf wichtige Informationen zu lenken, die körperliche Verfassung auf kommende Herausforderung vorzubereiten, die relevanten Erinnerungen, Erfahrungen und Kenntnissen zu wecken. Sie hilft zudem wichtige Informationen im Gedächtnis schnell und sicher einzuprägen. In Zusammenarbeit mit den bewussten Vorgängen, z. B. Vorstellung, Beurteilung und Schlussfolgerung, soll die Emotion dem Menschen es ermöglichen, auf die Ereignisse im inneren und äußeren Milieu besser zu reagieren und sich dadurch besser auf die Zukunft einzustellen (sog. „Modelle der dualen Prozesse“)¹²²⁰.

¹²¹⁸ Zusammenfassend: *Loughran/Paternoster/Weiss*, in: *Piquero* (Hrsg.), *Handbook*, 2016, S. 50 (52–56); *Apel/Nagin*, in: *Wright* (Hrsg.), *Encyclopedia*, 2015, S. 250 (251 f.); *Paternoster*, *Justice Quarterly* 4 (1987), 173, Table 4 und 5. Einzelne Beispiele: *Van Gelder/de Vries*, *Criminology* 50 (2012), 637 (649); *Van Gelder/de Vries*, *Journal of Quantitative Criminology* 30 (2014), 1 (10); *Van Gelder/de Vries*, *Psychology, Crime & Law* 2016 (709); *de Vries/Pathak/Van Gelder u. a.*, *Personality and Individual Differences* 117 (2017), 188 (191).

¹²¹⁹ *Becker/Mehlkop*, *Rationality and Society* 18 (2006), 193 (207–208, 220–222).

¹²²⁰ Kriminologisch: *Van Gelder/de Vries*, *Psychology, Crime & Law* 2016 (712 f.); *Van Gelder/de Vries*, *Journal of Quantitative Criminology* 30 (2014), 1 (4, 19–21); *Ames/Fiske*, *Proceedings of the National*

In diesem Abschnitt werden wir nur auf eine Emotion, das Lustgefühl, eingehen, weil eine These der etwas älteren strafrechtlichen Literatur besagt, Lustgefühl motiviere zur Straftat (→ Abschnitt 1.2). Definiert man die voluntative Komponente des Vorsatzes als Lustgefühl, könnte eine Vorsatzabstufung nach dem Einfluss des Lustgefühls auf die Straftaten angestellt werden. Eine solche Definition für die voluntative Komponente wird zwar nicht mehr vertreten¹²²¹, aber sie ist noch eine Diskussion wert und aus dem Vergessenen eventuell etwas Nützliches gewonnen werden kann.

Es gibt zwar weitere Emotionen (z. B. Schamgefühl¹²²², Schuldgefühl¹²²³, Angst bzw. Furcht¹²²⁴ und Ärger¹²²⁵), die für Straftaten eine große Rolle spielen können. Sie stehen aber außer Diskussion, weil es sich dabei nicht um Vorsatzelemente handelt.

2.3.1. Lustgefühl als Motiv

In der Psychologie steht seit langem fest, dass das Lust- und Unlustgefühl als grundlegender Mechanismus zum Lernen von Verhaltensweisen dienen¹²²⁶. Das Lustgefühl wird in zwei kriminologischen Theorien als wichtiger Grund für Straftaten angesehen: die *Theorie der Selbstkontrolle* (engl.: „self-control theory“)¹²²⁷ und die *Theorie der rationa-*

Academy of Sciences of the United States of America 112 (2015), 3599 (3599).

– Psychologisch: *Fuster*, The Prefrontal Cortex, 5. Aufl. (2015), S. 4, 203, 399, 402; *Woolfolk*, Educational Psychology, 12. Aufl. (2013), S. 451; *LeDoux/Damasio*, in: *Kandel/Schwartz/Jessell u. a.* (Hrsg.), Neural Science, 2013, S. 1079 (1092); *Olson/Colby*, in: *Kandel/Schwartz/Jessell u. a.* (Hrsg.), Neural Science, 2013, S. 392 (406–408); *Robinson-Riegler/Robinson-Riegler*, Cognitive Psychology, 3. Aufl. (2012), S. 449 f.; *Zimbardo/Johnson/McCann*, Psychology, 7. Aufl. (2012), S. 389; *Yiend/Mackintosh/Savulich*, in: *Braisby/Gellatly* (Hrsg.), Cognitive Psychology, 2012, S. 507 (520–521, 526–529, 531); *Robinson-Riegler/Robinson-Riegler*, Cognitive Psychology, 3. Aufl. (2012), S. 252–253, 302–303; *Cushman/Young/Greene*, in: *Doris* (Hrsg.), Handbook, 2010, S. 47 (49, 67–68); *Mallon/Nichols*, in: *Doris* (Hrsg.), Handbook, 2010, S. 297 (300–301, 316–317).

¹²²¹ Vgl. unten S. 269.

¹²²² Grundlegend: *Braithwaite*, Crime, shame and reintegration, 1989, S. 100 f. Vgl. dazu *Svensson/Pauwells/Weerman*, in: *Bernasco* (Hrsg.), Handbook, 2017, S. 228 (238–240); *Van Gelder/Reynald/Elffers*, in: *Van Gelder* (Hrsg.), Affect, 2014, 161–178 (175); *Prinz/Nichols*, in: *Doris* (Hrsg.), Handbook, 2010, S. 111 (133, 137–138, 141).

¹²²³ *Svensson/Pauwells/Weerman*, in: *Bernasco* (Hrsg.), Handbook, 2017, S. 228 (238–240); *Tibbetts*, in: *Van Gelder* (Hrsg.), Affect, 2014, S. 221 (233 f.).

¹²²⁴ *Pickett/Roche/Pogarsky*, Criminology 50 (2017) (18 f.); *de Vries/Pathak/Van Gelder u. a.*, Personality and Individual Differences 117 (2017), 188 (192, 195); *Van Gelder/de Vries*, Psychology, Crime & Law 2016 (712 f.); *Van Gelder/de Vries*, Journal of Quantitative Criminology 30 (2014), 1 (19–21); *Bouffard*, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 59 (2015), 1385 (1398–1401); *Brookman*, in: *Nee/Ward* (Hrsg.), Expertise, 2015, S. 42 (47); *Cherbonneau/Copes*, British Journal of Criminology 46 (2006), 193 (206 f.).

¹²²⁵ Fn. 1220.

¹²²⁶ *Zimbardo/Johnson/McCann*, Psychology, 7. Aufl. (2012), S. 389; *Gazzaniga/Ivry/Mangun*, Cognitive Neuroscience, 4. Aufl. (2014), S. 528–530.

¹²²⁷ *Hirschi*, in: *Cornish/Clarke* (Hrsg.), Reasoning Criminal, 2014, S. 105 (108).

len Entscheidung (engl.: „rational choice theory“)¹²²⁸. Die beiden Theorien haben die Richtung der kriminologischen Forschung der letzten drei Jahrzehnte im großen Umfang mitbestimmt.

Eine Studie von *Nagin/Paternoster* überprüft die beiden Theorien. Die Befragten lesen zuerst Vignetten vom Diebstahl, Fahren unter Alkoholeinfluss und „Date Rape“. Sie schätzen dann die Wahrscheinlichkeit eigener Tatbegehung, das Schamgefühl, das Lustgefühl (engl.: „pleasure“), die formellen sowie informellen Sanktionen ein. Die Selbstkontrolle wird gemessen. Das Geschlecht und ihre kriminelle Vorgeschichte in Bezug auf diese Straftaten im vergangenen Jahr dienen als Kontrollvariablen¹²²⁹. Die Analysen ergeben, dass die Bereitschaft zu diesen Straftaten umso höher liegt, je höher das Lustgefühl ist. Das Lustgefühl erkläre die kriminelle Bereitschaft besser als die Sanktionen und Schamgefühle. Die Vorhersagekraft des Lustgefühls für die kriminelle Bereitschaft steht aber im negativen Zusammenhang zur Selbstkontrolle. Das bedeutet, bei den Studienteilnehmern mit niedrigerer Selbstkontrolle könnte das Lustgefühl die kriminelle Bereitschaft besser vorhersagen als bei denjenigen mit höherer Selbstkontrolle¹²³⁰.

Das Lustgefühl ähnelt einer Verführung und Studien zu den beiden Begriffe ergeben ähnliche Befunde. *De Vries* und seine Kollegen haben zwei Studien zur Kriminalität am Arbeitsplatz durchgeführt. Den Befragten wurden Vignetten gezeigt, bei denen es um einen Verrat von Geschäftsgeheimnissen, einen Diebstahl oder eine Unterschlagung am Arbeitsplatz geht. Es wurde nach der Einschätzung des Entdeckungsrisikos, der Härte möglicher Konsequenzen und der Verführung durch mögliche illegale Erlöse gefragt, wenn sich die Studienteilnehmer die eigene Tatbegehung vorstellen. Schließlich schätzten sie die Wahrscheinlichkeit der eigenen Begehung in der jeweiligen Situation ein¹²³¹. Aus diesen Studien geht hervor, dass die Verführung die Bereitschaft zur Begehung viel besser vorhersagt als die Einschätzung der Sanktion¹²³². Die Autoren verweisen darauf, dass die Kausalität zwischen der Verführung und der kriminellen Bereitschaft durch Experimente bestätigt werden müsse, weil ihre Studien nur eine Beobachtungsstudie ist¹²³³.

¹²²⁸ *Walsh*, in: *Cornish/Clarke* (Hrsg.), *Reasoning Criminal*, 2014, S. 39 (40 f.); *Piquero/Tibbetts*, *Justice Quarterly* 13 (1996), 481 (482 f.).

¹²²⁹ *Nagin/Paternoster*, *Law & Society Review* 27 (1993), 467 (477–482).

¹²³⁰ *Nagin/Paternoster*, a.a.O., S. 487–490.

¹²³¹ *de Vries/Pathak/Van Gelder u. a.*, *Personality and Individual Differences* 117 (2017), 188 (190–193); *Van Gelder/de Vries*, *Psychology, Crime & Law* 2016 (708 f.).

¹²³² *de Vries/Pathak/Van Gelder u. a.*, *Personality and Individual Differences* 117 (2017), 188 (192, 195); *Van Gelder/de Vries*, *Psychology, Crime & Law* 2016 (712 f.). Vgl. auch oben bei Fn. 534.

¹²³³ *Van Gelder/de Vries*, *Psychology, Crime & Law* 2016 (715).

2.3.1.1. Interaktion mit der moralischen oder normativen Einstellung

Piquero/Tibbetts haben eine ähnliche Studie durchgeführt, bei der Fahren unter Alkoholeinfluss und Ladendiebstahl als Vignetten zum Einsatz gekommen sind¹²³⁴. Die Befunde ergeben, dass das Lustgefühl, die kriminelle Vorgeschichte und die niedrige Selbstkontrolle in positivem Zusammenhang, während die moralische Einstellung und das Schamgefühl in negativem Zusammenhang mit der kriminellen Bereitschaft stehen. Das Lustgefühl erklärt die Bereitschaft besser als die Sanktionen und das Schamgefühl. Im Unterschied zur Studie von *Nagin/Paternoster* wurde hier die moralische Einstellung gemessen. Daraus geht hervor, dass die moralische Einstellung mit der Bereitschaft zur Begehung und mit dem Lustgefühl in negativem, mit der Einschätzung der formellen sowie informellen Sanktionen und mit dem Schamgefühl im positiven Zusammenhang steht. Beim Ladendiebstahl hat die moralische Einstellung die größte Effektstärke für die Tatbegehung¹²³⁵. Beim Fahren unter Alkoholeinfluss haben die moralische Einstellung und das Lustgefühl ungefähr gleich große Effektstärken, aber in unterschiedliche Richtungen, so dass ihre Effekte einander ausgleichen¹²³⁶.

Die Ergebnisse von *Nagin/Paternoster* und von *Piquero/Tibbetts* werden durch die Studie von *Kroneberg/Heintze/Mehlkop* bestätigt und ergänzt. Das Lustgefühl stehe nur dann mit der kriminellen Bereitschaft in positivem Zusammenhang, wenn die normative Einstellung zur jeweiligen Straftat (hier: Ladendiebstahl und Steuerhinterziehung) niedrig ist¹²³⁷.

2.3.1.2. Bei Kindern und Jugendlichen mit Störungen des Sozialverhaltens

Während die genannten Studien die kriminelle Bereitschaft von Erwachsenen untersuchen, sind in anderen Studien Kinder oder Jugendliche die Teilnehmer. *Feilhauer/Cima/Benjamins u. a.* haben 46 Jungen zwischen 8 und 12 Jahren Vignetten von antisozialen Handlungen, die zum Teil Straftaten sind, z. B. Diebstahl einer CD im Plattenladen oder Beleidigung eines Lehrers, gezeigt. Die Teilnehmer wurden aufgefordert, sich in die Lage des Protagonisten hineinzusetzen, um seine mögliche Emotion und Rückfallwahrscheinlichkeit einzuschätzen. Die Teilnehmer hatten zudem die Wahrscheinlichkeit eigener Tatbegehung sowie mögliche Emotionen bei eigener Begehung einzuschätzen und die Häufigkeit ihrer vergangenen antisozialen Handlungen sowie emotionaler Probleme (z. B. Depression und Angst) anzugeben. Insbesondere wurden ihre Abweichungen in der

¹²³⁴ *Piquero/Tibbetts*, *Justice Quarterly* 13 (1996), 481 (492–494).

¹²³⁵ *Piquero/Tibbetts*, a.a.O., S. 497–500.

¹²³⁶ *Piquero/Tibbetts*, a.a.O., S. 500–503.

¹²³⁷ Näher oben bei Fn. 1217.

emotionalen Entwicklung bezüglich der Kaltblütigkeit/Gefühllosigkeit (engl.: „callous-unemotional Traits“; kurz: „CU-Traits“) gemessen. Kinder mit diesen emotionalen Abweichungen sollten den anderen gegenüber weniger Empathie und Mitgefühl zeigen.

Es stellte sich heraus, dass (1) CU-Traits die höhere Bereitschaft eigener Begehung, das höhere Lustgefühl und das niedrigere Schuldgefühl bei der vorgestellten Begehung erklären. (2) Die ersten zwei Größen werden im höheren Maße erklärt, wenn CU-Traits und die Häufigkeit der vergangenen antisozialen Handlungen gleichzeitig als erklärende Variablen zum Einsatz kommen. (3) Auch die Jungen mit hohen CU-Traits können die Emotion des Protagonisten den sozialen Normen entsprechend vermuten. Aus diesen Befunden folgern *Feilhauer/Cima/Benamins u. a.*, dass das in naher Zukunft liegende Lustgefühl und der Mangel an Schuldgefühl die Bereitschaft zur Begehung erhöhen würden, weil die in etwas fernerer Zukunft liegenden negativen Konsequenzen durch diese Gefühle verdrängt werden, obwohl die Jungen die sozialen Normen und die relevanten Konsequenzen der Normverletzung gut erkennen. Für diejenigen, die antisozial gehandelt haben, wirke das Lustgefühl der Begehung noch verlockender, da sie den Kick persönlich erlebt haben¹²³⁸.

Ähnliche Befunde ergeben sich aus einer Befragungsstudie von *Fragkaki/Cima/Meesters*, an der 277 Jugendliche zwischen 12 und 18 Jahren teilgenommen haben. Es wurden Vignetten wie in der Studie von *Feilhauer/Cima/Benamins u. a.* verwendet¹²³⁹. Daraus geht hervor, dass CU-Traits mit der Bereitschaft zur Begehung, dem Lustgefühl und den Aufregungen aus der Vorstellung eigener Begehung in positiver Korrelation, aber mit der Furcht und dem Schuldgefühl in negativer Korrelation stehen. Vergleichbare Korrelationen wurden zwischen der antisozialen Erfahrung und diesen Emotionen, mit Ausnahme der Furcht, festgestellt¹²⁴⁰. Daraus schließen *Fragkaki/Cima/Meesters*, dass das Rückfallrisiko der gefühllosen Straftäter dadurch reduziert werden könne, wenn man sich bei ihrer Behandlung darum bemüht, dass die Vorstellung eigener Tatbegehung in ihnen ein stärkeres Schuldgefühl und schwächeres Lustgefühl hervorruft¹²⁴¹.

2.3.1.3. Relevanz der Emotion für die Straftäterbehandlung

Die Ansicht, dass Lustgefühl und manche positiven Emotionen zu Straftaten führen, hat eine wichtige Rolle für die Praxis der Straftäterbehandlung. So sei bei der Straftäterbehandlung darauf zu achten, ob der Täter gerade wegen der Delikte ein glückliches Le-

¹²³⁸ *Feilhauer/Cima/Benamins u. a.*, Child Psychiatry & Human Development 44 (2013), 709 (711–714).

¹²³⁹ *Fragkaki/Cima/Meesters*, Journal of youth and adolescence 45 (2016), 1917 (1920).

¹²⁴⁰ *Fragkaki/Cima/Meesters*, a.a.O., S. 1924 f.

¹²⁴¹ *Fragkaki/Cima/Meesters*, a.a.O., S. 1927.

ben führt. Wenn das der Fall ist, habe er weniger Motivation, sich von weiteren Delikten abhalten zu lassen¹²⁴². Dann müssten die Behandlungsmaßnahmen darauf abzielen, dass der Täter im nicht-kriminellen Umfeld, z. B. in der Familie, am legalen Arbeitsplatz oder im Freundeskreis, materiell oder immateriell in stärkerem Maße belohnt wird als im kriminellen Umfeld. Der Effekt ist umso größer, wenn die für den Täter wichtigen Anderen anti-kriminell sind¹²⁴³. Ein derartiges Umfeld würde die Kosten für eine Straftat erhöhen und die Rückfallwahrscheinlichkeit verringern¹²⁴⁴.

2.3.2. Zwischenergebnis

Die angeführten Studien, Theorien und die Praxis legen nahe, dass man kriminelle Intention oder die Bereitschaft mithilfe der voluntativen Komponente des Vorsatzes prognostizieren kann, wenn man sie als Lustgefühl oder Verführung definiert.

Es ist allerdings vor zu viel Optimismus zu warnen. Denn *erstens* ist die Anzahl der kriminologischen Studien in diesem Bereich zu gering, um daraus zuverlässige Schlüsse zu ziehen. *Zweitens* ist damit nur eine Aussage über die Vorhersagekraft der genannten Gefühle für die kriminelle Intention und Bereitschaft getroffen, aber nicht über tatsächliche Straftaten. Manche gehen zwar davon aus, die Intention und Bereitschaft seien gute Prädiktoren für die wirkliche Straftat, wenn sich die Vignette ausreichend konkret und realitätsnah zeigen und sich die Studienteilnehmer die jeweilige Situation leicht vorstellen können. Ein Prädiktor für die kriminelle Intention oder Bereitschaft sei infolgedessen auch ein Prädiktor für die wirkliche Straftat¹²⁴⁵. Diese Hypothesen sind kriminologisch aber noch umstritten¹²⁴⁶, obwohl sie feste Wurzeln in der psychologischen Forschung haben.

Drittens könnte die Vorhersagekraft des Lustgefühls und der Verführung nicht allzu hoch sein, weil die angeführten Befunde allenfalls feststellen, dass das Lustgefühl und die Verführung eine kriminogene Wirkung in erster Linie bei Personen mit niedriger Selbstkontrolle, niedriger normativer Einstellung oder hohen CU-Traits (Kaltblütigkeit/Gefühllosigkeit) entfalten. Die voluntative Komponente des Vorsatzes hat weitere Ausprägungen, wie z. B. Handlungsmaximen und Zielanstreben, deren Einfluss auf die Tatbegehung nachgegangen werden soll.

¹²⁴² Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 61.

¹²⁴³ Andrews/Bonta, a.a.O., S. 390, 247–248.

¹²⁴⁴ Andrews/Bonta, a.a.O., S. 253, 266.

¹²⁴⁵ Nagin/Paternoster, *Law & Society Review* 27 (1993), 467 (473 f.); Van Gelder/de Vries, *Psychology, Crime & Law* 2016 (714); vgl. dazu unten S. 259 ff.

¹²⁴⁶ Näher unten S. 266 ff.

2.4. Einstellung (Gesinnung) als Handlungsmaxime

Dieser Abschnitt wird klären, ob sich die voluntative Komponente des Vorsatzes als besserer Prädiktor und Bestimmungsfaktor für die Straftaten darstellt, wenn sie nicht als Emotion bzw. Gefühl, sondern als Einstellung (Gesinnung) definiert wird. Diese Frage hat einen doppelten Zweck: *Erstens* kann man aus einem besseren Prädiktor bzw. Bestimmungsfaktor eine zuverlässigere Folgerung für die Vorsatzabstufung ziehen. *Zweitens*, obwohl nicht das Hauptanliegen dieser Arbeit, dürfte es der Beilegung eines alten Streits dienen, ob die voluntative Komponente vom *dolus eventualis* als Emotion oder Einstellung zu verstehen ist.

2.4.1. Psychologie

In der Psychologie gilt die Einstellung (engl.: „attitudes“) als ein hervorragender Prädiktor für die Handlung¹²⁴⁷. Sie spielt eine zentrale Figur bei über zehn psychologischen Theorien zur Vorhersage und Veränderung des menschlichen Verhaltens¹²⁴⁸. Unter „attitudes“ wird dabei die durch Bewertungen zum Ausdruck kommende innerliche Tendenz verstanden, dass man einen Sachverhalt gewissermaßen bevorzugt oder missbilligt. Der Sachverhalt kann irgendeine Sache, Person, Aktivität, Idee oder deren Kombination sein, z. B. die Einstellung gegenüber einer Religion, einer Firma, dem Sport, dem Abnehmen, der Schwangerschaftsverhütung oder dem Kauf eines Parfüms¹²⁴⁹. In einer Metaanalyse von 206 nicht-experimentellen Studien weist die Einstellung im Schnitt eine mittlere Korrelation ($r = 0,31$) zur Handlung auf¹²⁵⁰, die ca. 9,6 % der Varianz in der Handlung erklärt¹²⁵¹.

Die Vorhersagekraft der Einstellung hängt aber davon ab, dass die Messung der Einstellung und der vier Aspekte einer Handlung – Objekt, Kontext, Zeit, Art und Weise der Handlung –, miteinander übereinstimmen („das Prinzip der Vergleichbarkeit“)¹²⁵². So kann man mittels einer generellen Einstellung gegenüber der katholischen Kirche die einzelnen religiösen Handlungen, wie z. B. den Kirchenbesuch oder Spende für die Kirche,

¹²⁴⁷ Ajzen/Fishbein, in: Albarracín (Hrsg.), Handbook, 2014, S. 173 (182); Fishbein/Ajzen, Predicting and changing behavior, 2010, S. 188, 194.

¹²⁴⁸ Eine Übersicht über diese Theorien: Sheeran/Klein/Rothman, Annual Review of Psychology 68 (2017), 573 (579 f.).

¹²⁴⁹ Albarracín/Zanna/Johnson u. a., in: Albarracín (Hrsg.), Handbook, 2014, 3-20 (4); Aronson/Wilson/Akert, Social Psychology, 8. Aufl. (2013), S. 166 f.

¹²⁵⁰ McEachan/Conner/Taylor u. a., Health Psychology Review 5 (2011), 97 (106, 109); zur Einordnung der Effektgröße vgl. Fn. 1207.

¹²⁵¹ Die Prozentzahl der erklärten Varianz wird durch das Bestimmtheitsmaß (R^2) ermittelt, das wörtlich nach der Formel „Korrelation (r) hoch 2“ zu berechnen ist.

¹²⁵² Ajzen/Fishbein, in: Albarracín (Hrsg.), Handbook, 2014, S. 173 (182 f.); eingehend Ajzen, Attitudes, Personality, and Behavior, 2. Aufl. (2005), S. 71–85.

schlecht oder gar nicht vorhersagen. Denn auch Menschen mit der gleichen allgemeinen Einstellung können diese unterschiedlich zum Ausdruck bringen. Ebenso schlecht kann man im umgekehrten Fall mithilfe einer konkreten Einstellung, wie etwa die gegenüber dem Kirchenbesuch, die vielfältigen religiösen Handlungen als eine generelle Kategorie im Voraus einschätzen. Man kann aber die Kategorie der religiösen Handlungen mit der generellen Einstellung gegenüber der Kirche gut vorab schätzen. Von einem frommeren Menschen kann man also eher erwarten, dass er mehr religiöse Handlungen in einem bestimmten Zeitraum vornehmen wird als andere¹²⁵³.

Ein gutes Beispiel für das Prinzip der Vergleichbarkeit ist eine Studie zur Schwangerschaftsverhütung, die die Einnahme von Antibabypillen in zwei Jahren vorherzusagen versucht. Die Studie zeigt, dass eine generelle Einstellung zur Schwangerschaftsverhütung, die sich weder auf eine Handlung (Einnahme), noch auf ein Objekt (Antibabypillen), Zeit (in zwei Jahren) oder Kontext (zur eigenen Schwangerschaftsverhütung) bezieht, nur eine sehr geringe, und zwar nicht signifikante Korrelation ($r = 0,08$) zur untersuchten Handlung aufweist. Diese Korrelation erklärt nicht 1 % der Varianz in der Einnahme von Antibabypillen in zwei Jahren. Mithilfe einer etwas konkreteren Einstellung gegenüber der *Antibabypille* steigt die Korrelation auf ein mittleres Niveau ($r = 0,32$) und die erklärte Varianz auf über 10 %. Mithilfe einer noch konkreteren Einstellung gegenüber der *eigenen Einnahme von Antibabypillen* steigt die Korrelation auf ein hohes Niveau ($r = 0,53$) und die erklärte Varianz auf ca. 28 %. Bei der konkretesten Einstellung gegenüber der *eigenen Einnahme von Antibabypillen in zwei Jahren* steigt die Korrelation noch etwas höher ($r = 0,57$) und die erklärte Varianz auf ca. 33 %¹²⁵⁴. Entsprechendes gilt für viele Handlungen, wie z. B. Drogenkonsum, Alkoholkonsum, Stillen und Wählen, bei denen sich die konkrete Einstellung als besseren Prädiktor erweist als die generelle Einstellung. Unter Einhaltung des Prinzips der Vergleichbarkeit ergeben sich mittlere bis große Korrelationen ($r = 0,35$ bis $0,67$), die 12 % bis 45 % der Varianz in der Handlung erklären¹²⁵⁵.

Die Einstellung stellt sich nicht nur als guter Prädiktor der Handlung dar, sondern sie ist auch für die Handlung ursächlich. Viele Experimente belegen, dass sich die Handlung signifikant verändert, nachdem die darauf bezogene Einstellung experimentell geändert

¹²⁵³ Ajzen/Fishbein, in: Albarracín (Hrsg.), Handbook, 2014, S. 173 (177, 180–181).

¹²⁵⁴ Davidson/Jaccard, Journal of Personality and Social Psychology 37 (1979), 1364 (1372); Aronson/Wilson/Akert, Social Psychology, 8. Aufl. (2013), S. 185 f.

¹²⁵⁵ Ajzen/Fishbein, in: Albarracín (Hrsg.), Handbook, 2014, S. 173 (183); Ajzen, Attitudes, Personality, and Behavior, 2. Aufl. (2005), S. 94–96; zur Einstufung der Effektgröße vgl. Fn. 1207.

wurde¹²⁵⁶. In einer Metaanalyse von 87 Experimenten hat sich herausgestellt, dass die experimentelle Manipulation knapp mittlere Effektstärken für die Einstellung ($d = 0,47$; entspricht $r = 0,23$) sowie für die Intention ($d = 0,48$; entspricht $r = 0,23$) und eine kleine Effektstärke für die Handlung ($d = 0,38$; entspricht $r = 0,19$) aufweist. Mit diesen Effektstärken reiht sich die Einstellung als einer der stärksten Einflussfaktoren für die Handlung und die Intention ein¹²⁵⁷, obwohl sie etwas niedriger als die der Selbstwirksamkeitserwartung ist¹²⁵⁸.

Nach dem „BESD“ entspricht die Effektstärke für die Handlung dem Wert, dass 59,5 % der Versuchsgruppe und 40,5 % der Kontrollgruppe die Handlung vornehmen würden, wenn man unterstellt, dass die beiden Gruppen gleich groß wären und die Hälfte der Probanden handeln würde¹²⁵⁹.

2.4.2. Kriminologie

Was die Straftaten angeht, so werden seit Mitte des 20. Jahrhunderts kriminologische Theorien formuliert, bei denen die normative Einstellung des potenziellen Täters eine wichtige Rolle spielt. *Sutherland* entwickelt z. B. in den 1930er- bis 1940er-Jahren die *Theorie der differentiellen Kontakte* (engl.: „theory of differential association“), wonach eine Person die „Definitionen der Gesetzesübertretung“ und die für die Tatbegehung notwendigen Methoden im Umgang mit anderen erlernt. Diese Person verübe eine Straftat, weil sie mehr „Definitionen“ zugunsten als zuungunsten der Gesetzesübertretung habe¹²⁶⁰. Obwohl *Sutherland* selbst diese „Definitionen“ nicht näher ausführt, hält *Luckenbill*, der Fortführer des Lehrbuchs *Sutherlands*, die Weiterentwicklung bei *Akers* für „am erfolgversprechendsten“. *Luckenbill* stimmt der Erläuterung von *Akers* zu, „Definitionen“ seien die Bewertung einer Handlung als gut oder schlecht, richtig oder falsch. Sie würden als Stimuli für das Handeln fungieren und können durch Belohnung sowie Bestrafung positiv oder negativ verstärkt werden¹²⁶¹. Da die Theorie *Akers*’, wie bald darzustellen sein wird, auf den psychologischen Forschungen basiert, ist es nicht verblüffend,

¹²⁵⁶ *Sheeran/Maki/Montanaro u. a.*, *Health Psychology* 35 (2016), 1178 (1186); *Ajzen*, *Attitudes, Personality, and Behavior*, 2. Aufl. (2005), S. 137–139; *Maio/Haddock*, *The Psychology of Attitudes and Attitude Change*, 2. Aufl. (2015), S. 67–68, 263–264; *Brubaker/Fowler*, *Journal of Applied Social Psychology* 20 (1990), 1411 (1411).

¹²⁵⁷ *Sheeran/Maki/Montanaro u. a.*, *Health Psychology* 35 (2016), 1178 (1178); zur Umrechnung zwischen den beiden Effektstärken d und r , vgl. Fn. 1207.

¹²⁵⁸ Vgl. oben bei Fn. 1208.

¹²⁵⁹ *Bonta/Andrews*, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 27; *Andrews/Bonta*, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 14 f.; zum „BESD“ vgl. Fn. 1210.

¹²⁶⁰ *Sutherland/Cressey/Luckenbill*, *Principles of Criminology*, 11. Aufl. (1992), S. 89.

¹²⁶¹ *Sutherland/Cressey/Luckenbill*, a.a.O., S. 98.

dass seine „Definitionen der Gesetzesübertretung“ ein Synonym für „attitudes“ zugunsten Gesetzesübertretung sind.

Zwei in den 1950er- und 1960er-Jahren einander gegenüberstehende kriminologische Theorien, nämlich die *Subkulturtheorie* und die *Theorie der Neutralisierungstechniken*, schätzen trotz aller Widersprüche die Einstellung des potenziellen Täters. Nach *Cohen*, dem Gründer der Subkulturtheorie, würden Kinder und Jugendliche aus Familien mit unterschiedlichem Sozialstatus der Entwicklung unterschiedlichen Problemen begegnen. Zur Problemlösung würden sie sich den behilflichen Gruppen anschließen und dabei die Subkultur, insbesondere Werte und Verhaltensweise der jeweiligen Gruppen allmählich annehmen. So werde bei manchen die kriminelle Karriere angebahnt, wenn sich ihre Gruppe anders verhalte als die Hauptkultur der Gesellschaft¹²⁶².

Cloward/Ohlin differenzieren zwischen drei Arten von Subkulturen der Jugendkriminalität, nämlich der Subkultur des Verbrechers, der Konflikte und des Rückzugs (engl.: „the criminal, conflict, and retreatist subculture“). Für zwei Arten von Subkulturen ist die Werthaltung des potenziellen Täters maßgebend: (1) In der „Subkultur des Verbrechers“ nehmen sich junge Leute aus der Unterschicht die durch illegale Mittel erfolgreich gewordenen Personen zum Vorbild und verfolgen eine kriminelle Karriere, weil sie nicht die gleiche Chance haben wie ihre Altersgenossen aus der Ober- und Mittelschicht¹²⁶³. Durch Erfahrung sollen sie immer mehr abweichende und illegale Werte verinnerlichen und ihre Fähigkeit verbessern, sodass sie mehr Chancen haben, von illegalen Aktivitäten zu profitieren¹²⁶⁴. (2) In der „Subkultur der Konflikte“ erringen junge Leute durch Draufgängertum ihren Status und Ruhm, was oft in unkontrollierbarer Gewalt und Sachbeschädigung Ausdruck findet. Entscheidend dabei sei neben der Gewaltausübung auch die Bereitschaft, Verletzungen oder sogar den Tod nicht zu scheuen¹²⁶⁵.

Gegen die Subkulturtheorie wenden *Sykes/Matza* ein, dass bei einem großen Teil der Jugendkriminalität der Täter doch die Werte und Normen der Gesellschaft kenne. Er empfinde sie nicht selten als verbindlich, könne sich aber letztendlich durch „Neutralisierungstechniken“ davon befreien. Diese sind die Rechtfertigungen, die er als gültig ansehe, aber vom Rechtssystem oder der Gesellschaft nicht anerkannt würden. Durch die Neutralisation halte der Täter seine Normenübertretung für „akzeptabel“, wenn nicht sogar für „richtig“¹²⁶⁶. *Sykes/Matza* nennen fünf Kategorien der Neutralisation: die Negation des

¹²⁶² *Cohen*, *Delinquent Boys*, 1956, S. 59–60, 64–65, 102–103.

¹²⁶³ *Cloward/Ohlin*, *Delinquency and Opportunity*, 2013, S. 162 f.

¹²⁶⁴ *Cloward/Ohlin*, a.a.O., S. 166.

¹²⁶⁵ *Cloward/Ohlin*, a.a.O., S. 175 f.

¹²⁶⁶ *Sykes/Matza*, *American Sociological Review* 22 (1957), 664 (666 f.).

Vorsatzes (z. B. „es war ein Unfall“), des Schadens (z. B. „ich habe es nur ‚geliehen‘, nicht gestohlen“) und der Bedeutung des Schadens (z. B. „er hat es verdient“; „es ist die gerechte Vergeltung“), Tadel an den Tadelnden (z. B. „wer mich tadelt, tut es aus niedriger Motivation oder hat selbst auch Straftaten begangen“) und schließlich die Berufung auf die höhere Loyalität (z. B. „ich tue es für meine Brüder, Freunde oder Clique“). Sykes/Matza räumen zwar ein, dass nicht alle Jugendkriminalität durch die Neutralisierungstechniken entsteht und es bis zu ihrer Zeit nur selten empirische Forschung zu den Neutralisierungstechniken gegeben hat. Nichtsdestoweniger halten sie ihre Theorie der Neutralisierungstechniken für aussichtsreicher als die Subkulturtheorie. Ihre Theorie könne zudem den Mechanismus der Selbstkontrolltheorie, derzufolge Straftaten das Resultat der Schwächung vom äußeren Halt seien, erklären¹²⁶⁷.

Unter den kriminologischen Theorien, die den Schwerpunkt auf die Einstellung des Täters legen, erhält die Theorie Akers' die meiste Aufmerksamkeit und Unterstützung. Als eine Synthese von der Theorie der differenziellen Kontakte Sutherlands und den psychologischen Lerntheorien haben Burgess/Akers 1966 die *Theorie der differenziellen Kontakte und Verstärkungen für die kriminellen Handlungen* (engl.: „differential association-reinforcement theory of criminal behavior“) aufgestellt. Zunächst orientierten sie sich stark an den psychologischen Behaviorismus, vor allem die operante Konditionierung – Lernen durch Belohnung und Bestrafung im allgemeinen Sinn –, um zu erklären, wie man „Definitionen“ gegenüber der Normenübertretung sowie die Techniken zum Verbrechen erlernt¹²⁶⁸.

Als Reaktion auf die Kritik am Behaviorismus hat Akers ihre Theorie modifiziert und in *Theorie des sozialen Lernens* (engl.: social learning theory) umbenannt, woran sich eine Schwerpunktverlagerung zur Sozialpsychologie deutlich erkennen lässt¹²⁶⁹. Die Theorie des sozialen Lernens hat vier Kernelemente: (1) Durch die *differenziellen Kontakte* mit Personen oder Gruppen, die Einstellungen zugunsten des antisozialen oder kriminellen Verhaltens haben, erhöhe sich die Wahrscheinlichkeit, dass man sich an diesen Aktivitäten beteiligt. (2) Unter den *Definitionen* versteht Akers die Einstellungen, Werte und Orientierungen, die eine Person zu den kriminellen und normgerechten Handlungen hat. Die Wahrscheinlichkeit einer Handlung wird dadurch beeinflusst, dass die Person sie als eher richtig oder falsch, gut oder schlecht, erwünscht oder unerwünscht, gerechtfertigt

¹²⁶⁷ Sykes/Matza, a.a.O., S. 667–669; zur Selbstkontrolltheorie vgl. Hirschi, in: Cornish/Clarke (Hrsg.), Reasoning Criminal, 2014, S. 105 (108).

¹²⁶⁸ Burgess/Akers, Social Problems 14 (1966), 128 (146); Akers/Jennings, in: Piquero (Hrsg.), Handbook, 2016, S. 230 (230 f.).

¹²⁶⁹ Akers/Jennings, in: Piquero (Hrsg.), Handbook, 2016, S. 230 (232, 236).

oder ungerechtfertigt, angemessen oder unangemessen, entschuldbar oder unentschuldbar betrachte. (3) Bei der *differenziellen Verstärkung* geht es um den Behaviorismus, wonach die innerliche Tendenz zu einer Handlung durch die Belohnung verstärkt und durch die Bestrafung verringert werde. Man neige dazu die häufig und intensiv verstärkten Handlungen weiter auszuführen. (4) *Die Imitation*: Nachdem man die antisoziale oder kriminelle Handlung Dritter und die daraus resultierende Belohnung sowie Bestrafung beobachtet habt, steige die Tendenz zur Selbstbegehung der gleichen Handlung¹²⁷⁰.

Die *Theorie des sozialen Lernens* hat eine große Menge von Studien angeregt. Pratt/Cullen/Sellers u. a. fassen neuerdings in einer Metaanalyse 133 von 1972 bis 2003 veröffentlichte, nicht-experimentelle Studien in diesem Bereich zusammen. Daraus geht hervor, dass alle vier Elemente dieser Theorie das kriminelle Verhalten signifikant erklären können. Dabei reihen sich die *Definitionen* in die besten Prädiktoren für die Straftaten ein, auch im Vergleich mit den Prädiktoren nach weiteren kriminologischen Theorien¹²⁷¹, obwohl die durchschnittliche Effektstärke (*Fischer-z* = 0,218; entspricht *r* = 0,215) statistisch gesehen nur ein kleines Maß erzielt¹²⁷².

In der Praxis der Straftäterbehandlung hat sich die kriminogene Einstellung ebenso als ausgezeichneter Prädiktor für die Straftaten erwiesen. Aus einer Metaanalyse von 374 Gruppenvergleichen im Rahmen der Straftäterbehandlung, davon teilweise Experimente¹²⁷³, geht hervor, dass sich die Rückfallquote signifikant vermindert, nachdem die Behandlung die kriminogenen Einstellungen reduziert oder herabgesetzt hat. Die relevanten Studien weisen eine kleine Korrelation von *r* = 0,21 auf¹²⁷⁴. Nach dem „BESD“ entspricht diese Korrelation dem Effekt, dass 39,5 % der behandelten Täter und 60,5 % der unbehandelten Täter rückfällig würden, wenn man unterstellt, dass die beiden Gruppen gleich groß sind und die Hälfte der Probanden rückfällig wird¹²⁷⁵. Die kriminogene Einstellung

¹²⁷⁰ Akers/Jennings, a.a.O., S. 232–234.

¹²⁷¹ Pratt/Cullen/Sellers u. a., Justice Quarterly 27 (2010), 765 (782–783, 788); Akers/Jennings, in: Piquero (Hrsg.), Handbook, 2016, S. 230 (234, 236).

¹²⁷² Da *Perasons* Korrelationskoeffizient (*r*) nicht der Normalverteilung folgt, wird er in Metaanalysen oft durch die sog. „Fischer-z-Transformation“ in eine normalverteilte Größe *z* umgewandelt, um eine Berechnung von Durchschnittseffekt und Konfidenzintervallen sowie einen Test auf Signifikanz zu ermöglichen. Die Transformation zwischen *z* und *r* erfolgt nach den Formeln:

$$z = 0.5 \times \ln((1 + r) / (1 - r)); \quad r = (e^{2z} - 1) / (e^{2z} + 1);$$

vgl. Borenstein/Hedges/Higgins u. a., Meta-Analysis, 2009, Formel 6.2 und 6.5.

– Nach einer weit anerkannten Maßgabe entspricht ein *Fischer-z* ab 0,1 einem kleinen Effekt, ab 0,3 einem mittleren und ab 0,5 einem großen; vgl. Cohen, Psychological Bulletin 112 (1992), 155 (157).

¹²⁷³ Leider ist der Anteil der Experimente unbekannt; vgl. die ältere Version dieser Analyse: Andrews/Zinger/Hoge u. a., Criminology 28 (1990), 369 (378).

¹²⁷⁴ Bonta/Andrews, Psychology of Criminal Conduct, 6. Aufl. (2016), S. 231; Andrews/Bonta, Psychology of Criminal Conduct, 5. Aufl. (2010), S. 367; zur Einstufung der Korrelation s. Fn. 1207.

reicht sich darum in die „Central Eight“ Risikofaktoren für den Rückfall ein¹²⁷⁶.

Angesichts des Forschungsstandes lässt sich zuverlässig schlussfolgern, dass die Einstellung im Sinne der Handlungsmaxime die Straftaten gut vorhersagen und mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit herbeiführen kann. Definiert man die voluntative Komponente des Vorsatzes als Handlungsmaxime in Bezug auf die konkreten Taten und nicht auf die generelle normative Einstellung (z. B. generelle Rechtsfeindlichkeit), dann könnte eine Vorsatzabstufung anhand des Wollenselementes empirisch fundiert daraus abgeleitet werden, dass eine Person eine bestimmte Straftat wahrscheinlicher begehen würde, wenn sie mehr oder stärkere Handlungsmaximen für oder weniger gegen die Tatbegehung hat, als im umgekehrten Fall, wenn sie weniger oder schwächere Handlungsmaxime für oder gegen die Tatbegehung hat.

2.5. Ziel (Zweck) und Handlung

Die Relevanz des Ziels für die Vorsatzabstufung liegt auf der Hand, weil nach h. M. die Vorsatzform „Absicht“ als Zielsetzung oder Zielanstrebung definiert wird¹²⁷⁷. Empirisch gilt es aufzuklären, welche Funktionen eine Zielsetzung hat und ob sich ihre Vorhersagekraft sowie kausalen Einflüsse von denen der Einstellung und der vorgestellten Erfolgchance unterscheiden.

Im Folgenden wird zunächst auf die psychologische, danach auf die kriminologische Forschung.

2.5.1. Psychologie

2.5.1.1. Einfluss der Intention

Aus den in Abschnitt 2.4 angeführten Studien zur Einstellung („attitudes“) ist ersichtlich geworden, dass der Einfluss der generellen Einstellung auf die Handlung durch die konkrete Einstellung vermittelt wird. Viele Forscher befassen sich deshalb intensiv mit der Intention, da sie die Intention als eine äußerst konkrete Einstellung und als eine der Handlung am nahestehendes kognitives Element ansehen¹²⁷⁸. Unter der „Intention“ ver-

¹²⁷⁵ Bonta/Andrews, *Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl. (2016), S. 27; Andrews/Bonta, *Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl. (2010), S. 14 f.; zum „BESD“ vgl. Fn. 1210.

¹²⁷⁶ S. 161.

¹²⁷⁷ S. 237.

¹²⁷⁸ Vgl. Ajzen/Fishbein, in: Albarracín (Hrsg.), *Handbook*, 2014, S. 173 (187 f.); Ajzen, *Attitudes, Personality, and Behavior*, 2. Aufl. (2005), S. 99.

steht man in der Psychologie „die an sich gerichteten Anweisungen, bestimmte Verhalten vorzunehmen oder bestimmte Erfolge zu erreichen“¹²⁷⁹, was dem Begriff „Zielsetzung“ in der Strafrechtswissenschaft entspricht. Die Intention stehe zudem für den Inbegriff der Motivationsfaktoren, wie viel Mühe man zur Zielverfolgung zu investieren bereit ist. Die Aufmerksamkeit werde auf das Ziel gelenkt; man lasse sich weniger ablenken und widme dem Ziel mehr Mühe, Zeit und Innovation, um die Schwierigkeiten zu überwinden. Die Zielsetzung und die Intensität der Intention seien daher entscheidend für die Zielerreichung, insbesondere für schwierige oder langfristige Ziele¹²⁸⁰.

Studien zeigen ständig, dass die Intention eine mittlere bis große positive Korrelation mit unterschiedlichen Handlungen aufweist. Aus einer älteren Metaanalyse, die 422 vor 1997 erschienene Primärstudien umfasst, ergibt sich eine durchschnittlich große Korrelation ($r = 0,53$), die gut 28 % der Varianz der Handlung erklärt¹²⁸¹. In einer neueren Metaanalyse, die 206 neuere Primärstudien beinhaltet, ist die durchschnittliche Korrelation zwar etwas niedriger ($r = 0,43$); sie erklärt aber immer noch ca. 18,5 % der Varianz der Handlung¹²⁸². Das heißt, dass man anhand der Intention das Verhalten ziemlich gut vorhersagen kann. Studien zeigen zudem, dass sich die Vorhersagekraft der Intention vergrößert, wenn die Intention mit der Zeit stabil bleibt oder dem Verhalten inhaltlich entspricht; die Vorhersagekraft verringert sich dagegen erheblich, wenn die Intention instabil ist oder dem Verhalten nicht entspricht¹²⁸³.

2.5.1.2. Die Intention-Handlung-Kluft

Allerdings ist mit einer guten Vorhersagekraft eine starke Kausalität nicht gewährleistet. Denn die Beobachtungsstudien können oft nicht alle gewichtigen Störfaktoren kontrollieren, sodass die Effektschätzung für die erklärende Variable (hier: Intention) in der Regel auch den Effekt von anderen Variablen umfasst und damit die eigentliche Einflussgröße nur verzerrt darstellt. Aus einer Metaanalyse von 47 Experimenten geht hervor, dass die experimentell herbeigeführte Veränderung in der Intention nur eine kleine Effekt-

¹²⁷⁹ Sheeran/Webb, *Social and Personality Psychology Compass* 10 (2016), 503 (503); Gollwitzer/Sheeran, in: Zanna (Hrsg.), *Experimental Social Psychology*, 2011, S. 69 (70); Webb/Sheeran, *Psychological Bulletin* 132 (2006), 249 (249).

¹²⁸⁰ Sheeran/Webb, *Social and Personality Psychology Compass* 10 (2016), 503 (503); Woolfolk, *Educational Psychology*, 12. Aufl. (2013), S. 438; Gollwitzer/Sheeran, in: Zanna (Hrsg.), *Experimental Social Psychology*, 2011, S. 69 (69 f.); Webb/Sheeran, *Psychological Bulletin* 132 (2006), 249 (249).

¹²⁸¹ Sheeran, *European Review of Social Psychology* 12 (2002), 1 (3 f.). Zur Einstufung der Korrelation und zur Berechnung der erklärten Varianz aus einem Korrelationskoeffizienten, vgl. Fn. 1191 und 1251.

¹²⁸² McEachan/Conner/Taylor u. a., *Health Psychology Review* 5 (2011), 97 (106, 112).

¹²⁸³ Ajzen/Fishbein, in: Albarracín (Hrsg.), *Handbook*, 2014, S. 173 (188 f.); Gollwitzer/Sheeran, in: Zanna (Hrsg.), *Experimental Social Psychology*, 2011, S. 69 (71).

stärke ($d = 0,36$; entspricht $r = 0,18$) für die Handlung aufweist¹²⁸⁴. *Webb/Sheeran* stellen daher fest, dass die nicht-experimentellen Studien die Einflüsse der Intention überschätzen. Nach dem „BESD“¹²⁸⁵ entspricht diese Effektstärke dem Wert, dass 59 % der Versuchsgruppe und 41 % der Kontrollgruppe die Handlung vornehmen würden, wenn man unterstellt, dass die beiden Gruppen gleich groß sind und die Hälfte der Probanden handeln würde – das ist praktisch schon beachtlich, aber nicht größer als die Effektstärke der Einstellung.

Der kausale Einfluss der Intention auf die Handlung wird noch schwächer, wenn es um die Änderung einer Gewohnheit geht oder wenn die Probanden weniger Kontrolle über das Ziel haben. Letzteres ist oft der Fall, wenn das Ziel nicht lediglich die Vornahme der Handlung (z. B. Sport oder Diät), sondern die Erreichung eines Erfolgs (z. B. Abnehmen oder Raucherentwöhnung) zum Gegenstand hat, da der Erfolg in der Regel von mehr unkontrollierbaren Faktoren abhängig ist¹²⁸⁶.

Gute Vorsätze werden oft nicht umgesetzt. Dass es eine tiefe Kluft zwischen der Intention und Handlung gibt, gehört nicht nur zum Alltag, sondern ist auch wissenschaftlich gut erfasst. *Sheeran* fasst 6 Studien zusammen und findet heraus, dass nur 47 % derjenigen, die sich das infrage stehende Verhalten zum Ziel gesetzt haben, ihre Intention auch zu realisieren versuchen. Im Gegensatz dazu nehmen nur 7 % derjenigen, die keine solche Intention hatte, die untersuchte Handlung vor. Die Kluft entsteht also vor allem innerhalb der ersten Gruppe, in der man sich ein Ziel gesetzt hat¹²⁸⁷.

2.5.1.3. Einfluss der Planung

Viele Experimente zeigen, dass die Kluft zwischen Intention und Handlung durch bestimmte Methoden, wie z. B. durch Anreize, Ermutigung, Erwerbung von notwendigen Kenntnissen und Fähigkeiten, Übungen und Fortschrittskontrolle, gewissermaßen geschlossen werden kann¹²⁸⁸. Eine der am häufigsten erforschten Methoden ist die Planung, die in der psychologischen Forschung als „Ausführungsintention“ (engl.: „implementati-

¹²⁸⁴ *Webb/Sheeran*, *Psychological Bulletin* 132 (2006), 249 (260); dazu *Gollwitzer/Sheeran*, in: *Zanna* (Hrsg.), *Experimental Social Psychology*, 2011, S. 69 (72); *Sheeran/Klein/Rothman*, *Annual Review of Psychology* 68 (2017), 573 (585 f.). Zur Bedeutung und Einstufung von „ d “ und zur Transformation zwischen d in r , vgl. Fn. 1208.

¹²⁸⁵ S. 260; zum „BESD“ vgl. Fn. 1210.

¹²⁸⁶ *Webb/Sheeran*, *Psychological Bulletin* 132 (2006), 249 (257); *Ajzen/Fishbein*, in: *Albarracín* (Hrsg.), *Handbook*, 2014, S. 173 (191 f.); *Ajzen*, *Attitudes, Personality, and Behavior*, 2. Aufl. (2005), S. 115, 140; *Sheeran*, *European Review of Social Psychology* 12 (2002), 1 (9 f.).

¹²⁸⁷ *Sheeran*, *European Review of Social Psychology* 12 (2002), 1 (7); *Gollwitzer/Sheeran*, in: *Zanna* (Hrsg.), *Experimental Social Psychology*, 2011, S. 69 (72); *Ajzen/Fishbein*, in: *Albarracín* (Hrsg.), *Handbook*, 2014, S. 173 (189).

¹²⁸⁸ *Webb/Sheeran*, *Psychological Bulletin* 132 (2006), 249 (258).

on intention“) bezeichnet wird. Die Planung bestehe aus „Wenn-dann-Sätzen“, die festlegen sollen, wann, wo und wie der Planende seine Ziele anstrebt. Es geht dabei um mehrere gedankliche Phasen: Zunächst identifiziert man die relevanten Chancen und Hindernisse. Danach denkt man sich wirksame Reaktionen für jede Chance und jedes Hindernis aus. Schließlich bringt man die Reaktion und die Chance bzw. das Hindernis durch die „Wenn-dann-Sätze“ miteinander in Beziehung: „Wenn sich diese Chance oder dieses Hindernis ergibt, reagiere ich dann auf diese Weise“¹²⁸⁹.

Die Planung in Sinne der „implementation intentions“ erweist sich als eine der effizientesten Methoden zur Erreichung vielfältiger Zielen, wie etwa Benutzung des öffentlichen Verkehrs, Erledigung der Hausarbeit während der Weihnachtsferien, Erstellung eines Lebenslaufs, Sport treiben, jeden Tag eine Vitamin-C-Tablette einzunehmen, gesunde Ernährung oder Rehabilitation nach Operation¹²⁹⁰. Aus einer Metaanalyse von *Gollwitzer/Sheeran*, die 83 experimentelle und 11 nicht-experimentelle Studien umfasst, geht hervor, dass erheblich mehr Studienteilnehmer, die nach der Zielsetzung noch einen Plan im Sinn der „implementation intentions“ fassten, ihr Ziel erreichen als diejenigen, die nach der Zielsetzung keinen Plan geschmiedet haben ($d = 0,65$; entspricht $r = 0,31$)¹²⁹¹. Die Effektstärken aus den Experimenten und den nicht-experimentellen Studien zeigen keinen signifikanten Unterschied. Nach dem „BESD“¹²⁹² entspricht diese Effektstärke dem Wert, dass 65,5 % der Versuchsgruppe (Zielsetzung mit Planung) und 34,5 % der Kontrollgruppe (Zielsetzung ohne Planung) ihr Ziel erreichen, wenn man unterstellt, dass die beiden Gruppen gleich groß sind und die Hälfte der Probanden ihr Ziel erreichen würde.

Der Einfluss der Planung auf die Handlung und Zielerreichung ist aber keine feste Größe. Die Effektstärke der Planung zeigt sich bei einer starken Intention größer, bei einer schwachen Intention kleiner oder gar unbeachtlich. Eine größere Effektstärke der Planung ist auch zu beobachten, wenn es um ein schwieriges (im Vergleich zum einfachen) Ziel geht, wenn das Ziel dem Selbstverständnis entspricht, wenn der Handelnde schwache (im Vergleich zur starken) Selbstregulation im Verhalten aufweist oder wenn er weniger perfektionistisch ist¹²⁹³. Dabei ist zu beachten, dass diese Beziehungen zwischen dem Ausmaß von Effektstärken und der Intensität von Intention, Selbstregulation, Selbstver-

¹²⁸⁹ *Sheeran/Webb*, Social and Personality Psychology Compass 10 (2016), 503 (509); *Webb/Sheeran*, The British journal of social psychology 47 (2008), 373 (373, 376, 388).

¹²⁹⁰ *Gollwitzer/Sheeran*, in: *Zanna* (Hrsg.), Experimental Social Psychology, 2011, S. 69 (90 f.); *Ajzen/Fishbein*, in: *Albarracín* (Hrsg.), Handbook, 2014, S. 173 (190); *Ajzen*, Attitudes, Personality, and Behavior, 2. Aufl. (2005), S. 106, 139.

¹²⁹¹ *Gollwitzer/Sheeran*, in: *Zanna* (Hrsg.), Experimental Social Psychology, 2011, S. 69 (92, 98); zur Transformation zwischen d und r , vgl. Fn. 1207.

¹²⁹² *Gollwitzer/Sheeran*, in: *Zanna* (Hrsg.), Experimental Social Psychology, 2011, S. 69 (94); *Sheeran/Webb*, Social and Personality Psychology Compass 10 (2016), 503 (509); zum „BESD“ vgl. Fn. 1210.

ständnis oder Perfektionismus die Kausalität weder implizieren noch ausschließen, da die Studien momentan lediglich eine Schlussfolgerung auf die Korrelation zulässt¹²⁹⁴.

2.5.1.4. Wie hilft die Planung bei der Zielerreichung?

Webb/Sheeran haben eine Metaanalyse von 34 Experimenten durchgeführt, die ergibt, dass die Planung die vorgestellte Erfolgchance nicht beeinflusst und nur zu einer geringfügigen Erhöhung der Intention ($d = 0,10$; entsprechend $r = 0,05$) führt¹²⁹⁵. Daraufhin stellten *Webb/Sheeran* ein eigenes Experiment an, in dem sich alle Probanden der Versuchs- und Kontrollgruppe das Ziel gesetzt haben, Gutscheine in einem anderen Raum des Gebäudes zu sammeln. Die Probanden wurden darauf hingewiesen, dass sich die Gutscheine neben einigen Fotos in einem Raum am Ende eines Flurs, der auf der rechten Seite des Hauptflurs gelegen ist, befinden. Der Unterschied zwischen den beiden Gruppen besteht lediglich darin, dass die Versuchsgruppe einen zielbezogenen Plan und die Kontrollgruppe einen ziel-irrelevanten Plan formuliert hat. Ein ziel-irrelevanter Plan bezieht sich auf die Verwendung der Gutscheine. Im zielbezogenen Plan geht es darum, „Wann“, „Wo“ und „Wie“ die Gutscheine zu sammeln sind. Danach gibt es Aufgaben der lexikalischen Klassifikation, bei denen den Probanden zu beurteilen haben, ob die flüchtig gezeigten Wörter Verben sind. Unter den gezeigten Wörtern sind einige zielbezogenen (z. B. rechts, Flur, Foto, sammeln). Kurz vor dem zu beurteilenden Wort wird ein anderes – zielbezogenes oder ziel-irrelevantes – Wort noch flüchtiger gezeigt, so flüchtig, dass es nicht einmal ins Bewusstsein der Versuchsperson gelangt. Dies dient dem „Priming“, einer unbewussten Einflussnahme auf die psychischen Vorgänge und Handlungen¹²⁹⁶.

Das Experiment von *Webb/Sheeran* zeigt, dass mehr Probanden der Versuchsgruppe ihr Ziel erreicht haben als die der Kontrollgruppe (64 % vs. 39 %). Zudem ist die Versuchsgruppe im Schnitt schneller als die Kontrollgruppe darin, die zielbezogenen Wörter einzustufen; noch schneller, wenn vor dem zu beurteilenden Wort ein zielbezogenes Wort im Sinne des „Priming“ zum Einsatz gekommen ist. Durch eine Mediatoranalyse stellt sich auch heraus, dass sich die Effektstärke der Planung nicht mehr signifikant zeigt, nachdem der Priming-Effekt in Betracht gezogen wurde¹²⁹⁷. Daraus folgern *Webb/*

¹²⁹³ *Webb/Sheeran*, The British journal of social psychology 47 (2008), 373 (374); *Sheeran/Webb/Gollwitzer*, Personality and Social Psychology Bulletin 31 (2005), 87 (87); *Gollwitzer/Sheeran*, in: Zanna (Hrsg.), Experimental Social Psychology, 2011, S. 69 (95).

¹²⁹⁴ Vgl. S. 94.

¹²⁹⁵ *Webb/Sheeran*, The British journal of social psychology 47 (2008), 373 (380, 384). Zur Einstufung der Effektstärke vgl. oben Fn. 1248.

¹²⁹⁶ *Webb/Sheeran*, a.a.O., S. 384 f. Zum „Priming“ vgl. oben bei Fn. 534.

¹²⁹⁷ *Webb/Sheeran*, a.a.O., S. 386 f.

Sheeran, dass die Planung nicht durch den bedächtigen Prozess, d. h., nicht durch Erhöhung der Intention und der vorgestellten Erfolgchance, ihre Auswirkung auf die Handlung und Zielerreichung entfaltet, sondern in erster Linie durch die Beschleunigung der automatischen Reaktion auf die ziel-relevanten Indizien¹²⁹⁸.

Der erste Befund von *Webb/Sheeran*, dass die Planung die Zielerreichung im mittleren bis großen Maße fördert, wird durch eine spätere Metaanalyse von *Gollwitzer/Sheeran* bestätigt¹²⁹⁹. Bestätigt werden auch der zweite und dritte Befund von *Webb/Sheeran*, dass die Planung vor allem durch automatische Beschleunigung der Reaktion die Handlung fördert, obwohl dafür nur dutzende Primärstudien zur Verfügung stehen¹³⁰⁰.

Die Metaanalyse von *Gollwitzer/Sheeran* fasst zudem die Primärstudien zu den einzelnen Mechanismen zusammen und stellt fest, dass die genannte „Kluft zwischen der Intention und der Handlung“ vor allem aus Problemen der „Selbstregulation“ entsteht. Den Problemen der Selbstregulation begegnet man in vier Phasen der Zielanstrebung: (1) die Umsetzung der Intention in eine Handlung; (2) das Beibehalten des Kurses; (3) der rechtzeitige Abschluss der Zielanstrebung, bevor der errungene Erfolg zum Misserfolg wird; (4) die Einsparung körperlicher sowie geistlicher Energie für eine anhaltende Zielanstrebung. Man setzt die Intention nicht in Handlung um, weil man etwa das Ziel vergisst, günstige Chance verpasst oder sich nicht genug darauf vorbereitet. Man kommt vom Kurs ab, weil man etwa die Fortschritte nicht überwacht, sich ablenken lässt oder einfach zurück in die schlechten Gewohnheiten fällt. Die Zielanstrebung kann nicht erfolgreich abgeschlossen, weil man etwa zu früh aufgibt, auf einem furchtlosen Kurs beharrt oder das Ziel zu weit ausdehnt. Schließlich kann die Energie für eine anhaltende Zielanstrebung frühzeitig dadurch erschöpft werden, wenn z. B. das Ansetzen schwierig ist und daher zu viel Energie beansprucht¹³⁰¹. Für diese vier Probleme der Selbstregulation gibt jeweils 52, 21, 3 und 3 Primärstudien (der Reihenfolge nach). Daraus berechnen *Gollwitzer/Sheeran* die durchschnittliche Effektstärke für jedes Problem. Es stellt sich heraus, dass die Planung zur Überwindung aller vier Problemen der Selbstregulation im mittleren bis großen Maße beiträgt (der Reihenfolge nach: $d = 0,61; 0,77; 0,47; 1,28$)¹³⁰².

¹²⁹⁸ *Webb/Sheeran*, a.a.O., S. 388.

¹²⁹⁹ Bei Fn. 1291.

¹³⁰⁰ *Gollwitzer/Sheeran*, in: *Zanna* (Hrsg.), *Experimental Social Psychology*, 2011, S. 69 (97), Table V.

¹³⁰¹ *Gollwitzer/Sheeran*, a.a.O., S. 77–81.

¹³⁰² *Gollwitzer/Sheeran*, a.a.O., S. 95–97. Neuere Studien mit ähnlichen Ergebnissen: *Sheeran/Webb*, *Social and Personality Psychology Compass* 10 (2016), 503 (506–509); *Toli/Webb/Hardy*, *The British journal of clinical psychology* 55 (2016), 69 (69). Zusammenfassung der älteren Studien: *Ajzen/Fishbein*, in: *Albarracín* (Hrsg.), *Handbook*, 2014, S. 173 (190 f.).

Sollte diese Befunde auch für die Straftaten gelten, würde dies dafür sprechen, dass eine planvolle Zielanstrebung die Erfolgchance (Tatbestandsverwirklichung) erheblich fördert und deshalb ein größeres Risiko für das Recht, Rechtsgut oder Opfer darstellt. Dass die Probleme der Selbstregulation durch die Planung effizient behoben werden können, würde zum anderen die Thesen der strafrechtlichen Literatur, dass der Absichtstäter weniger bereit zum Verzicht auf die Tatbegehung sei¹³⁰³, indirekt unterstützen, wenn man die Absicht nicht als eine bloße Zielsetzung, sondern als eine planvolle Zielanstrebung definieren würde. Die Unterstützung ist indirekt, weil in den Studien nicht die eigentliche Bereitschaft der Teilnehmer zum Verzicht, sondern ihre tatsächliche Aufgabe bzw. Unterlassung einer Zielverfolgung beobachtet wurde.

2.5.2. Kriminologie

Die Vorhersagekraft und die Ursächlichkeit der Intention für die Handlung werden, wie im vorigen Abschnitt gezeigt, insbesondere in der Sozialpsychologie und im Bereich des Gesundheitsmanagements als etabliert angesehen. Geht es um die Straftaten, dann wird unter Berufung auf die psychologischen Theorien und Studien teilweise davon ausgegangen, dass die kriminelle Intention die wirklichen Straftaten gewissermaßen vorher-sagen oder verursachen kann¹³⁰⁴. Einige Autoren machen geltend, dass starke Intentionen die Kognition, Emotion, Aufmerksamkeit und Wahrnehmung zugunsten einer zielgerich-teten Straftat beeinflussen¹³⁰⁵. Empirische Überprüfung dieser Hypothesen gibt es bislang nur in sehr begrenzter Anzahl. Es fehlt vor allem an Experimenten, die die Intention der Probanden manipulieren und dann beobachten, ob sich daraus Differenzen in der künftigen Kriminalität ergeben. Ein wichtiger Grund liegt auf der Hand, denn derartige Experi-mente werfen ethische und sogar strafrechtliche Probleme auf. Man muss dabei vermei-den, reale Kriminalität zu fördern¹³⁰⁶.

Darüber hinaus könnte man angesichts des erheblichen Einflusses der Planung auf die Zielerreichung davon ausgehen, diese Wirkung sei starke Beweise dafür, dass eine planvolle Zielanstrebung viel gefährlicher für das Rechtsgut und Opfer wäre als eine blo-ße Zielsetzung. Dies ist zwar plausibel. Einige Interviews ergeben auch, dass sich viele

¹³⁰³ Vgl. oben S. 239 f.

¹³⁰⁴ Bouffard, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 59 (2015), 1385 (1404, Note 2); Kamerdze/Loughran/Paternoster u. a., *Journal of Research in Crime and Delinquency* 51 (2014), 620 (632); Piquero/Tibbetts/Blankenship, *Deviant Behavior* 26 (2005), 159 (168); Pogarsky, *Criminology* 42 (2004), 111 (116 f.); Piquero/Tibbetts, *Justice Quarterly* 13 (1996), 481 (489); Nagin/Paternoster, *Law & Society Review* 27 (1993), 467 (473 f.).

¹³⁰⁵ Casey, in: Nee/Ward (Hrsg.), *Expertise*, 2015, S. 82 (86).

¹³⁰⁶ Exum/Bouffard, in: Piquero/Weisburd (Hrsg.), *Handbook*, 2010, S. 581 (592).

Straftäter, auch Gewalt- und Sexualtäter, ihre Tatbegehung gewissermaßen vorher planen, um die Erfolgchance zu vergrößern. Überraschenderweise gibt es aber zurzeit keine Studie, die die Vorhersagekraft oder Ursächlichkeit der Planung für die Straftaten auch nur durch nicht-experimentelles Studiendesign überprüft.

Anhand der vorhandenen Forschungen lässt sich zurzeit nur auf die „Intention-Verbrechen-Kluft“ eingehen.

2.5.2.1. Die Intention-Straftat-Kluft

Als Alternative zum Experiment kommt eine Art von Studie in Betracht, die die Studienteilnehmer nach ihrer kriminellen Intention befragt und ihre realen Straftaten bis zu einem späteren Zeitpunkt misst. Bisher liegen nur vereinzelte Studien dieser Art vor und aus den meisten davon ergibt sich ein negatives Ergebnis.

Die erste Studie wurde von *Green* durchgeführt. Diese Studie hat ergeben, dass die Intention, im kommenden Jahr unter Alkoholeinfluss zu fahren, ein starker Prädiktor für die reale Tatbegehung im gleichen Zeitraum ist ($r = 0.83$). Die Intention allein erklärt 69 % der Varianz in dieser Straftat¹³⁰⁷.

Die Vorhersagekraft der kriminellen Intention wird allerdings durch drei nachfolgende Studien widerlegt, die eine realitätsnahe Chance zum illegalen Herunterladen von Musik für die Studienteilnehmer erschaffen. In einer Studie von *Exum* und seinen Kollegen wurde den Teilnehmern eine von den Forschern gefälschte Nachricht gezeigt. Diese Nachricht beschreibt, dass ein Mann („John Doe“) den gesetzlichen Schutz, dass die Universität nicht auf die E-Mail-Konten der Studenten zugreifen darf, nutzt, um illegale Musik auf Anfrage an die E-Mails mit der Endung „.edu“ zu senden. Alle Studienteilnehmer verfügen über ein solches Konto. 31,2 % der Teilnehmer hielten die eigene Begehung für möglich bis sicher (von 10- bis 100-Prozent-Wahrscheinlichkeit); keiner von ihnen schreibt aber während des achtwöchigen Nachbeobachtungszeitraums an Doe, um illegale Musik nachzufragen. Dies unterlassen ebenso alle anderen, die die eigene Begehung für absolut unmöglich hielten. Infolgedessen fordern die Autoren auf, die Vorhersagekraft der durch die Vignetten ermittelten kriminellen Intention näher zu prüfen¹³⁰⁸.

Aus zwei nachfolgenden Studien mit demselben Design gehen ähnliche Befunde hervor. Kein Teilnehmer an der einen Studie und nur 3 an der anderen Studie haben während der Nachbeobachtungszeit an den vermeintlichen „John Smith“ oder „Arthur Radley“ ge-

¹³⁰⁷ *Green*, Journal of Research in Crime and Delinquency 26 (1989), 253 (263).

¹³⁰⁸ *Exum/Bouffard*, in: *Piquero/Weisburd* (Hrsg.), Handbook, 2010, S. 581 (587–578).

schrieben. Alle anderen unterlassen es, egal wie stark ihre Intention war. Auch die Teilnehmer, die in den vergangenen 6 Monaten vor der Studie mindestens einmal illegale Musik heruntergeladen haben, unterlassen es¹³⁰⁹. Daraus ziehen *Exum* und seine Kollegen die Schlussfolgerung, dass die kriminelle Intention nur dann eine Vorhersagekraft hat, wenn der Teilnehmer angibt, er werde die Straftat *nicht* begehen. Die Autoren schränken das Ergebnis aber mit dem Hinweis ein, dass es lediglich eine Straftat, also das illegale Herunterladen von Musik, untersucht wurde. Bei anderen Straftaten könnten es sich anders verhalten¹³¹⁰.

Zwei weitere Studien verwenden ein Quiz, das so schwer gestaltet ist, dass eine Extra-Belohnung nur durch Betrug gewonnen werden kann. Die Studie von *Pogarsky* stellt fest, dass zwischen dem Betrug beim Quiz und der Intention auf Fahren unter Alkoholeinfluss eine positive Korrelation besteht. Die von den „Betrügern“ angegebene Wahrscheinlichkeit, unter Alkoholeinfluss zu fahren, liegt um 9,7 % höher als die von den „Aufrichtigen“, auch nach Kontrolle der weiteren Variablen¹³¹¹. Dagegen entdeckten *Exum/Layana*, dass die Intention auf einen Klausurbetrug den wirklichen Betrug bei einem nachfolgenden Quiz nicht vorhersagen kann. 61,3 % der Befragten, die im ersten Teil der Studie den eigenen Klausurbetrug für absolut unmöglich hielten, täuschen beim Quiz im zweiten Teil, um eine Extra-Belohnung zu gewinnen. 66,7 % der Befragten, die im ersten Teil der Studie den eigenen Klausurbetrug für einigermaßen möglich (von 10- bis 100-Prozent-Wahrscheinlichkeit) hielten, täuschen beim Quiz. Zwischen den beiden Anteilen besteht statistisch kein signifikanter Unterschied¹³¹².

Die Ergebnisse der letzten zwei Studien begegnen allerdings mehr methodologischen Bedenken als die anderen Studien. Denn erstens bezieht sich der Inhalt der Intention in den letzten zwei Studien nicht auf die zu prognostizierende Handlung. Ähnlich wie bei der Forschung zur Einstellung könnte die Unvereinbarkeit zwischen der Intention und Handlung zur schlechten Vorhersagekraft der Intention führen¹³¹³. Zweitens sind die negativen Konsequenzen aus dem Betrug beim Quiz in diesen Studien viel leichter als die aus dem Betrug im Alltagsleben. Kaum ein Teilnehmer würde eine Strafverfolgung wegen ihres Betrugs beim Quiz erwarten. Beispielsweise wurden die Versuchsgruppe an der Stu-

¹³⁰⁹ *Exum/Turner/Hartman*, American Journal of Criminal Justice 37 (2012), 523 (534); *Exum/Bailey/Wright*, Journal of Criminal Justice 42 (2014), 1 (6).

¹³¹⁰ *Exum/Turner/Hartman*, American Journal of Criminal Justice 37 (2012), 523 (538 f.); *Exum/Bailey/Wright*, Journal of Criminal Justice 42 (2014), 1 (6 f.).

¹³¹¹ *Pogarsky*, Criminology 42 (2004), 111 (123).

¹³¹² *Exum/Layana*, Journal of Crime and Justice 17 (2017), 1 (7).

¹³¹³ *Ajzen/Fishbein*, in: *Albarracín* (Hrsg.), Handbook, 2014, S. 173 (189); vgl. das Prinzip der Vergleichbarkeit, oben S. 253 f.

die von *Pogarsky* lediglich darauf hingewiesen, dass ihre Belohnung einbehalten wird, sollten der Betrug aufgedeckt werden¹³¹⁴.

2.5.2.2. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich zunächst festhalten, dass die Beziehung zwischen der Intention und der Straftat kriminologisch noch nicht bestätigt worden ist. Nur aus eine Studie ergibt sich eine starke positive Korrelation zwischen dem Fahren unter Alkoholeinfluss und der Intention zu dieser Handlung. Die anderen vier Studien zum Betrug und illegalen Herunterladen von Musik haben keinen signifikanten Unterschied in der Tatbegehung zwischen den Gruppen mit verschiedener Intensität der kriminellen Intention festgestellt. Fast alle, ungeachtet der Intensität der Intention, haben die untersuchte Straftat unterlassen. Die „Intention-Straftat-Kluft“ ist groß.

Allerdings ist die Forschung zu diesem Thema noch zu gering, um ein zuverlässiges Ergebnis zu ermöglichen. Angesichts der Entwicklung der psychologischen Studien zur „Ausführungsintention“ kann man auch in der Kriminologie erwarten, dass mit der Anhäufung von Studien die Bedingungen herausgefunden werden, unter denen ein starker oder schwacher Zusammenhang zwischen der Intention und Straftat zu beobachten ist.

3. Folgerungen für die Vorsatzabstufung

In diesem Abschnitt ist zunächst anhand der empirischen Befunde die voluntative Komponente des *dolus eventualis* zu konkretisieren. Sodann sucht man nach den Maßstäben, die der wertneutralen Empirie eine normative Bedeutung verleihen. Abschließen werden Schlussfolgerungen für die Vorsatzabstufung gezogen.

3.1. Wollenselement beim Eventualvorsatz als Einstellung

Die vorliegende Arbeit ist zwar nicht darauf ausgerichtet, den Streit um das Wollenselement des *dolus eventualis* zu schlichten. Die empirischen Erkenntnisse deuten aber darauf hin, dass eine Vorsatzabstufung anhand der Einstellung (im Sinne der Handlungsmaxime) erfolgsversprechender zu sein scheint als anhand der Emotion (im Sinne des Lustgefühls oder der Verführung). Kriminologische Studien zur Einstellung gibt es deutlich zahlreicher als Studien zur Emotion und bringen klare Beweise für den beachtlichen

¹³¹⁴ *Pogarsky*, *Criminology* 42 (2004), 111 (118).

Effekt der Einstellung auf Straftaten¹³¹⁵. Der Effekt der Emotion auf die Straftaten hängt dagegen von der normativen Einstellung und einigen Persönlichkeitsmerkmalen (z. B. Selbstkontrolle oder Gefühllosigkeit) ab. Es ist damit zu rechnen, dass diese Befunde mit der Anhäufung von Studien bekräftigt werden, weil sie der Erkenntnis entsprechen, dass gesunde Menschen in der Regel die Fähigkeit haben, emotionale Reaktion gewissermaßen unter Kontrolle zu halten¹³¹⁶. Zudem stellt das Lustgefühl oder die Verführung lediglich eine Determinante für die Einstellung dar. Die Einstellung im Sinne der Handlungsmaxime ist an sich aber eine der größten Determinanten für die Handlung¹³¹⁷. Die Einstellung sollte darum die Straftat besser vorhersagen als die Emotion.

Die begrenzte Bedeutung der Emotion für die Straftat spricht auch für eine seit langem verbreitete Denkrichtung: Auch bei den meisten sog. Willentheoretikern, die im Wollenselement von *dolus eventualis* ein psychisches Substrat sehen¹³¹⁸, ist das Wollen nicht als eine Emotion im eigentlichen Sinne, wie z. B. das Lustgefühl oder das Angenehme¹³¹⁹, zu verstehen. Heutzutage wird eine solche „Emotions- bzw. Gefühlstheorie“ von niemandem mehr vertreten. Dagegen hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass das Wollenselement als eine Einstellung gegenüber der Straftat oder dem tatbestandsmäßigen Erfolg im Einzelfall anzusehen sei¹³²⁰. Dass man jahrhundertlang um eine bessere Charakterisierung der Einstellung (z. B. Einwilligung, billigend in Kauf nehmen, Einverständnis, begrüßen, sich damit abfinden, gleichgültig, „und wenn schon“)¹³²¹ gestritten hat, kann aber dahinstehen, weil der Begriff „Einstellung“ (engl.: „attitudes“) in den empirischen Studien ein Sammelbegriff ist.

Im Folgenden werden somit aus den Studien zur Einstellung Schlussfolgerungen für die Vorsatzabstufung gezogen, soweit es um das Wollenselement von *dolus eventualis* geht. Dabei ist zu beachten, dass die Einstellung im Sinne der realen Handlungsmaxime des Täters, nicht als interpretierte Handlungsmaxime zu verstehen ist¹³²².

¹³¹⁵ Vgl. S. 255-259.

¹³¹⁶ Vgl. S. 247-156.

¹³¹⁷ S. 271.

¹³¹⁸ RG, 3. Strafsenat, Urt. v. 7.12.1899 – 4196/99, RGSt, 4 (6): eine „selbstständige innere Tatsache“.

¹³¹⁹ S. 233 f.

¹³²⁰ S. 235 f.; vgl. auch Heinrich, AT, 5. Aufl. (2016), S. 296 / pagemargin; Krey/Esser, AT, 6. Aufl. (2016), S. 396 / pagemargin; Kaspar, AT, 2015, S. 209 / pagemargin.

¹³²¹ Vgl. die Auflistung bei Fn. 5.

¹³²² S. 236.

3.2. Risiko für die Tatbestandsverwirklichung

Als Maßstab für die Vorsatzabstufung kommt zuerst das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung (d. h. ihre Wahrscheinlichkeit) in Betracht. *Im Prinzip gilt: eine Tat ist schärfer zu bestrafen, wenn die Vorsatzform ein höheres Risiko für die Tatbestandsverwirklichung signalisiert als die anderen Formen, unter sonst gleichen Umständen.* Ein weiterer Maßstab, nämlich die Bedrohlichkeit aus der Opferperspektive¹³²³, fällt insoweit auch hierunter, als ein erhöhtes Risiko der Tatbestandsverwirklichung zugleich eine erhöhte Bedrohlichkeit für das Opfer darstellt. Das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung bietet sich als Maßstab an, weil, wie gezeigt, die meisten strafrechtlichen Lehren von Funktion der Vorsatzelemente empirische Thesen über den Einfluss des Wissens oder Wollens auf die Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung beinhalten oder implizieren¹³²⁴. Außerdem beschäftigen sich die angeführten psychologischen und kriminologischen Studien in erster Linie eben mit der Wahrscheinlichkeit der Handlung und Erfolgserreichung. Das eröffnet eine hervorragende Chance, strafrechtliche Theorien durch empirische Forschung zu kritisieren und zu unterstützen. Das setzt aber die Legitimation des Maßstabs voraus.

3.2.1. Normative Zulässigkeit

Für die objektive Zurechnung ist die Schaffung eines unerlaubten Risikos das erste Kriterium, wobei die Risikohöhe entscheidend ist¹³²⁵. Aus dieser Perspektive ist es konsequent, dass die Risikohöhe auch für die Strafzumessung eine Rolle spielt. So sehen die Rechtsprechung und Strafzumessungslehren den Erfolgsunwert als einen der wichtigen Bezugspunkte der Strafzumessungsschuld an, der durch „das Ausmaß der Gefährdung oder Verletzung des jeweiligen Schutzobjekts“ gekennzeichnet ist¹³²⁶. Von Bedeutung sei das Ausmaß der Gefährdung „außer bei Gefährdungsdelikten und beim Versuch auch bei vollendeten Erfolgsdelikten¹³²⁷.“ Nach *Frisch* stellt z. B. die Unrechtsabstufung unter anderem auf die vom Vorsatz umfassten Größe der Gefährlichkeit der Handlung ab¹³²⁸. *Hörnle* ordnet die „durch die Handlung geschaffene unerlaubte Gefahr für die Rechtsgü-

¹³²³ S. 239.

¹³²⁴ S. 240 f.

¹³²⁵ Ausführlich *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 11 Rn. 53 ff; *Jakobs*, AT, 2. Aufl. (1993), S. 198–206; dazu *Gropp*, AT, 4. Aufl. (2015), § 4 Rn. 87; *Wessels/Beulke*, AT, 41. Aufl. (2011), Rn. 179; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 287.

¹³²⁶ *Meier*, Sanktionen, 4. Aufl. (2015), S. 487; vgl. auch *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Strafzumessung, 5. Aufl. (2012), Rn. 588, 622, 634, 694; *Streng*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 46, Rn. 57.

¹³²⁷ *Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46, Rn. 19; *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 29. Aufl. (2014), § 46, Rn. 19; *Bruns*, Strafzumessung, 2. Aufl. (1985), S. 153; *BGH*, Beschl. v. 8.4.1957 – GStSt 3/56, BGHSt, 259 (264); *BGH*, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88, BGHSt 1988, 1 (43); *BGH*, Urt. v. 6.9.1989 – 2 StR 353/89.

¹³²⁸ *Frisch*, in: FS Müller-Dietz, 2001, S. 237 (254); *Frisch*, ZStW 99 (1987), 751 (768).

ter“ dem Handlungsunwert zu, aber nicht dem Erfolgsunwert. Sie kommt jedoch zum gleichen Ergebnis wie die anderen Autoren: Die Größe dieser Gefahr spiele für das Ausmaß der Tatschwere eine Rolle¹³²⁹.

Legitim ist also eine Vorsatzabstufung nach dem Risiko für die Tatbestandsverwirklichung, weil sie mit der strafrechtlichen Aufgabe als Rechtsgüterschutz, der herkömmlichen Strafzumessungslehre und -praxis in Einklang steht. Anschließend werden nach der empirischen Untermauerung einer derartigen Vorsatzabstufung gesucht.

3.2.2. Unzureichende kriminologische Studien

Die kriminologischen Studien zu den antisozialen bzw. kriminogenen Einstellungen (→ Abschnitt 2.4.2) liefern reichlich zuverlässige Aufschlüsse für den Eventualvorsatz, wenn man das Wollenselement als Einstellung im Sinne der Handlungsmaximen definiert. Ein Vergleich zwischen den Vorsatzformen ist aber erst dann möglich, wenn genügende Erkenntnisse über die anderen Vorsatzelemente zur Verfügung stehen. Mangels relevanter kriminologischer Studien dürften im Moment allerdings gesicherte Schlussfolgerungen weder auf die Beziehung der Intention zur Straftat (→ Abschnitt 2.5.2) noch auf die Beziehung der vorgestellten Erfolgchance zur Intention und Straftat (→ Abschnitt 2.2.2) gezogen werden, da jede neue Studie die nicht ausreichend bewiesenen Ergebnisse erschüttern kann. Stattdessen müsste man hinsichtlich dieser Beziehungen vorerst auf die zahlreichen psychologischen Studien zurückgreifen, in der Hoffnung, dass die künftigen kriminologischen Forschungen die psychologischen Studienergebnisse bestätigen. Dies ist zwar zu erwarten, weil die Straftat als Form des menschlichen Verhaltens Gemeinsamkeiten mit anderen Verhaltensformen teilen muss und weil, wie dargestellt, die Ergebnisse der kriminologischen Forschung zum Thema „Einstellung und Handlung (Straftat)“ eine Parallele zu denen der psychologischen Forschungen aufgezeigt haben¹³³⁰. Die Möglichkeit, dass die künftige kriminologische Forschung zu anderen Ergebnissen kommt als den hiesigen, ist dennoch nicht völlig ausgeschlossen. Umsicht ist deshalb bei der Anwendung der folgenden Richtlinien geboten.

3.2.3. Kein einfacher Vergleich zwischen Vorsatzformen

Wir fassen zunächst die Unterschiede der Vorsatzformen in Tabelle 7 zusammen. Dadurch wird ersichtlich, dass das Wollenselement eigentlich auf zwei psychologische Kon-

¹³²⁹ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 266 f.

¹³³⁰ Vgl. oben S. 255 ff.

strukte (Zielsetzung/Intention und Einstellung als Handlungsmaxime¹³³¹) hinweist. Da sie unterschiedliche Wirkungen auf die Handlung haben, müssen sie auch bei einer empirisch gestützten Vorsatzabstufung getrennt behandelt werden.

Tabelle 7: Unterschiede zwischen den Vorsatzformen nach der h. M.

Absicht		vs.	Sicheres Wissen	
Zielsetzung	Wissen		Zielsetzung	Wissen
Ja	möglich		Nein	sicher
Sicheres Wissen		vs.	<i>dolus eventualis</i>	
Einstellung	Wissen		Einstellung	Wissen
Nein	sicher		Ja	möglich
Absicht		vs.	<i>dolus eventualis</i>	
Zielsetzung	Einstellung		Zielsetzung	Einstellung
Ja	Nein		Nein	Ja

Die Vorsatzabstufung erfolgt auf den ersten Blick simpel: Die Absicht hat eine Zielsetzung als Wollenselement, während das sichere Wissen diese nicht hat; dagegen wird bei der Absicht kein sicheres Wissen verlangt. Das sichere Wissen hat ein „Mehr an Wissen“ als *der dolus eventualis*; beim sicheren Wissen wird keine Einstellung zugunsten der Straftat gefordert, wohingegen beim *dolus eventualis* diese vorliegen muss. Der Unterschied zwischen der Absicht und *dolus eventualis* besteht im Wollenselement, welches beim ersten eine Zielsetzung (Intention) und bei letzterem die Einstellung zugunsten einer Straftat ist.

Aus diesen Unterschieden könnte man folgern, dass eine Vorsatzabstufung einfach anhand der Effektstärken¹³³² der Intention ($d = 0,36$), der Einstellung ($d = 0,38$) und der vorgestellten Erfolgchance ($d = 0,47$) für die Handlung vorgenommen werden kann. Demzufolge würden unter sonst gleichen Umständen die Absicht und *dolus eventualis* ein ungefähr gleich großes Risiko für die Tatbestandsverwirklichung darstellen und sie wären daher gleich schwer zu bestrafen, da die Effektstärke der Intention und der Einstellung vergleichbar sind. Das sichere Wissen könnte unter sonst gleichen Umständen schwerer als *dolus eventualis* und die Absicht bestrafen werden, weil die Effektstärke der vorgestellten Erfolgchance höher liegt als bei der Einstellung und der Intention.

So einfach ist ein Vergleich zwischen den Vorsatzformen aber nicht.

¹³³¹ Zur Unterscheidung der eigentlichen und „ausgelegten Handlungsmaxime“, vgl. S. 236.

¹³³² Vgl. oben bei Fn. 1208, 1257 und 1284.

Zuerst ist zu bedenken, dass die Vorsatzlehren und die empirische Forschung unterschiedlichen Skalenniveaus verwenden. Die empirische Forschung setzt in der Regel fortlaufende Skalen ein. Die Intention, Einstellung und vorgestellte Erfolgchance können demzufolge in beliebiger Stärke ausgeprägt sein. Dagegen ordnen die Vorsatzlehren die Vorsatzelemente binär ein: Eine Tat wird entweder mit Absicht oder ohne Absicht, entweder mit einer bestimmten Einstellung oder ohne diese begangen. Der Täter hat den Erfolgseintritt entweder als sicher oder nur als möglich vorausgesehen. Damit besagen die Vorsatzlehren nichts darüber, in welchem Maße sich die Intention, die vorgestellte Erfolgchance oder die Einstellung verändern müssen, um als Absicht, sicheres Wissen oder *dolus eventualis* eingestuft zu werden. Ohne solche Maßgaben kann eine Verbindung zwischen den empirischen Erkenntnissen und der Vorsatzlehre nicht hergestellt werden, auch wenn die Effektstärken dieser Konstrukte zur Verfügung stehen.

Der zweite Einwand lautet: Diese Effektstärken stellen nicht den Effekt der *Vorsatzelemente* auf die Handlung dar. Sie repräsentieren vielmehr den gesamten Einfluss der *experimentellen Manipulation*, die sich zum Teil direkt und zum Teil durch die Vorsatzelemente oder weitere (unkontrollierte) Variablen auf die Handlung auswirkt¹³³³. Empirisch sind die eigentlichen Effektstärken der Vorsatzelemente auf die Handlung und damit ihr Verhältnis zueinander noch nicht aufgeklärt¹³³⁴.

3.2.4. Möglichkeiten für Vorsatzabstufung

Angesichts der unzureichenden empirischen Erkenntnisse sowie der Kluft zwischen den Vorsatzlehren und den empirischen Studien könnte man bis auf Weiteres normative Annahmen anstellen, um eine Vorsatzabstufung zu begründen.

Man könnte z. B. von einem gleichartigen Einfluss der Intention, Einstellung und der vorgestellten Erfolgchance ausgehen, mit der Begründung, dass jegliche ungleiche Behandlung mangels empirischer Unterstützung nur willkürlich ist. Daraus würde folgen, dass drei Vorsatzformen gleich schwer zu bestrafen sind, da bei jedem Vergleich in Tabelle 7 die eine Vorsatzform bezüglich eines Elementes ein „Mehr“, bezüglich des anderen Elementes aber ein „Weniger“ hat als die anderen Vorsatzformen. Folglich wäre einer Ansicht zuzustimmen, die die Vorsatzform als ein untaugliches Kriterium für die Strafzumessung betrachtet¹³³⁵.

¹³³³ Webb/Sheeran, *Psychological Bulletin* 132 (2006), 249 (260)

¹³³⁴ Vgl. Sheeran/Maki/Montanaro u. a., *Health Psychology* 35 (2016), 1178 (1184 f.); Sheeran/Klein/Rothman, *Annual Review of Psychology* 68 (2017), 573 (585).

¹³³⁵ S. 45, 32, 10–16.

Unter der normativen Gleichsetzung vom Einfluss der Intention, der Einstellung und der vorgestellten Erfolgchance lassen sich weitere Vorsatzabstufungen ableiten, wenn man den herkömmlichen Absichtsbegriff ändert oder sich für die Möglichkeitstheorie von *dolus eventualis* entscheidet. Dies wird im Folgenden dargelegt.

3.2.4.1. Vorsatzabstufung durch Umdefinieren der Absicht

Obwohl, wie dargestellt, in der Strafrechtswissenschaft nur gelegentlich über die Beziehung zwischen Ziellanstrebung und Planung diskutiert wird¹³³⁶ und der Planung in der Strafzumessungspraxis nur eine geringe Bedeutung zukommt, belegen zahlreiche empirische Studien, dass die Planung erheblich zur Zielerreichung beiträgt¹³³⁷. Es liegt deshalb nahe, dass eine *planvolle Ziellanstrebung* ein erheblich höheres Risiko für die Tatbestandsverwirklichung ist als eine bloße Zielsetzung. Es stellt sich die Frage, was die Folge für die Vorsatzabstufung wäre, wenn man die Absicht als planvolle Ziellanstrebung definieren würde und nicht als bloße Zielsetzung?

Eine Folgerung kann hier auch ohne die genannte normative Zuschreibung in Abschnitt 3.2.4 nicht gezogen werden. Denn die planvolle Ziellanstrebung basiert gerade auf der Zielsetzung (Intention) und es stehen, wie in Abschnitt 3.2.3 ausgeführt, noch keine eindeutigen Ergebnisse für die relativen Einflüsse der Intention, der Einstellung und der vorgestellten Erfolgchance zur Verfügung. Es könnte sein, dass der Einfluss der Intention im Verhältnis zur vorgestellten Erfolgchance oder zur Einstellung so schwach wäre, dass auch der Effekt einer planvollen Ziellanstrebung (d. h. Zielsetzung plus Planung) kleiner ist als der Effekt der vorgestellten Erfolgchance oder der Einstellung. Obwohl dies eher unwahrscheinlich erscheint, weil die Effektstärke der Planung viel größer ist als die der Intention, des vorgestellten Erfolgchance und der Einstellung, so ist eine solche Möglichkeit nicht ausgeschlossen.

Unter Berufung auf die normative Gleichsetzung in Abschnitt 3.2.4, könnte man davon ausgehen, dass unter sonst gleichen Bedingungen die planvolle Ziellanstrebung ein höheres Risiko für die Tatbestandsverwirklichung darstellt als das sichere Wissen und *dolus eventualis*. Denn schon die Einflüsse der Intention, der Einstellung sowie der vorgestellten Erfolgchance werden unter jener Annahme als gleich groß angesehen¹³³⁸. Die Planung trägt zusätzlich, und zwar erheblich, zur Zielerreichung bei¹³³⁹. In dieser Hinsicht ist das Ergebnis in einem Urteil *des 3. Strafsenats* vom BGH aus dem Jahr 1996 zuzu-

¹³³⁶ S. 238.

¹³³⁷ S. 261 ff.

¹³³⁸ S. 273.

¹³³⁹ S. 261 f.

stimmen, dem zufolge eine „sorgfältige Planung“, planmäßige Tatvorbereitung sowie -ausführung bei der Strafzumessung zum Nachteil des Angeklagten gewertet werden können. Der Senat selber hat diese Ansicht aber nicht mit dem Risiko für die Tatbestandsverwirklichung, sondern mit der „großen kriminellen Intensität“ begründet¹³⁴⁰.

Da aber das sichere Wissen und *dolus eventualis* per Definition keine Zielsetzung beinhalten, wird die Abstufung zwischen ihnen nicht durch die Umdefinition der Absicht als planvolle Zielanstrebung beeinflusst. Für sie gilt nach wie vor die normative Gleichsetzung in Abschnitt 3.2.4.

Tabelle 8: Vorsatzabstufung bei Umdefinition der Absicht als planvoller Zielanstrebung

Absicht			>	Sicheres Wissen				
Planung	Zielsetzung	Wissen		Planung	Zielsetzung	Wissen		
Ja	Ja	möglich		Nein	Nein	sicher		
Sicheres Wissen			≈	<i>dolus eventualis</i>				
Einstellung		Wissen		Einstellung		Wissen		
Nein		sicher		Ja		möglich		
Absicht				>	<i>dolus eventualis</i>			
Planung	Zielsetzung	Einstellung	Wissen	Planung	Zielsetzung	Einstellung	Wissen	
Ja	Ja	Nein	möglich	Nein	Nein	Ja	möglich	

3.2.4.2. Vorsatzabstufung durch Wahl der Vorsatzlehre

Die bisherige Diskussion über die Vorsatzabstufung erfolgt im Wesentlichen im Rahmen der herrschenden Vorsatzlehre. Zu einer anderen Art Vorsatzabstufung könnte man kommen, wenn man, wie die Möglichkeitstheorie¹³⁴¹, für *dolus eventualis* kein Wollenselement – weder Emotion noch Einstellung – verlangt, sondern nur ein Wissen um die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung. Die daraus folgenden Unterschiede der Vorsatzformen werden in Tabelle 9 dargestellt:

¹³⁴⁰ BGH, Urt. v. 14.2.1996 – 3 StR 445/95, BGHSt, 43 (8, 10–11).

¹³⁴¹ Kritisch: Wessels/Beulke/Satzger, AT, 46. Aufl. (2016), Rn. 326; Gropp, AT, 4. Aufl. (2015), Rn. 181–183; Roxin, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 12 Rn. 41–44.

Tabelle 9: Vorsatzabstufung bei Annahme der Möglichkeitstheorie

Absicht		≈	Sicheres Wissen	
Zielsetzung	Wissen		Zielsetzung	Wissen
Ja	möglich		Nein	sicher
Sicheres Wissen		>	<i>dolus eventualis</i>	
Wissen			Wissen	
sicher			möglich	
Absicht		>	<i>dolus eventualis</i>	
Zielsetzung	Wissen		Zielsetzung	Wissen
Ja	möglich		Nein	möglich

In diesem Fall ist klar, dass *ceteris paribus* sowohl die Absicht als auch das sichere Wissen ein höheres Risiko für die Tatbestandsverwirklichung darstellen als *dolus eventualis*. Denn hier hat die Absicht hinsichtlich des Wollens und das sichere Wissen hinsichtlich des Wissens immer ein „Mehr“ gegenüber dem *dolus eventualis*. Dagegen ist eine Abstufung zwischen Absicht und sicheren Wissen aus den Gründen in Abschnitt 3.2.3 nicht vorzunehmen. Man müsste hier wie in Abschnitt 3.2.4 mit der normativen Begründung die Absicht und das sichere Wissen gleich schwer bestrafen.

Dementsprechend würde die Ansicht bestätigt, dass bedingter Vorsatz milder als direkter Vorsatz zu bestrafen sei. Eine vergleichbare Abstufung zwischen der Absicht und sicherem Wissen gebe es jedoch nicht¹³⁴².

3.2.4.3. Vorsatzabstufung durch Kombination der vorstehenden beiden Ansätzen

Man könnte die Lösungen in Abschnitt 3.2.4.1 und Abschnitt 3.2.4.2 zusammensetzen, indem man die Absicht als planvolle Zielanstrebung definiert und die Möglichkeitstheorie für *dolus eventualis* vertritt. Daraus ließe sich eine grundsätzliche Schwereskala herleiten, der zufolge die Absicht als die schwerste Vorsatzform, das sichere Wissen als die zweitschwerste und *dolus eventualis* als die leichteste bewertet werden (vgl. Tabelle 10). Denn unter diesen Prämissen besteht der Unterschied zwischen sicherem Wissen und *dolus eventualis* nur noch in der vorgestellten Erfolgschance. Das sichere Wissen stellt folglich ein höheres Risiko für die Tatbestandsverwirklichung dar als *dolus eventualis* (→ Abschnitt 3.2.4.2). Eine absichtliche Tat ist hier noch schärfer als eine wissentliche Tat zu

¹³⁴² Bei Fn. 15, 83, 149.

bestrafen, weil eine planvolle Zielanstrebung noch riskanter für die Tatbestandsverwirklichung ist als eine Tat mit sicherem Wissen (→ Abschnitt 3.2.4.1). In diesem Fall findet die jüngst von drei Strafsenaten des BGH anerkannten Schwereskala der Vorsatzformen¹³⁴³ eine Parallele.

Dass die Einstellung als Handlungsmaxime ebenfalls dieses Risiko erhöhen kann, würde hier für die Vorsatzabstufung keine Rolle mehr spielen, da in dieser Lösung die Einstellung kein Vorsatzelement mehr darstellt.

Tabelle 10: Vorsatzabstufung bei Umdefinition der Absicht als planvoller Zielanstrebung und unter Annahme der Möglichkeitstheorie

Absicht		>	Sicheres Wissen	
Zielsetzung + Planung	Wissen		Zielsetzung + Planung	Wissen
Ja	möglich		Nein	sicher
Sicheres Wissen		>	<i>dolus eventualis</i>	
Wissen			Wissen	
sicher			möglich	
Absicht		>	<i>dolus eventualis</i>	
Zielsetzung + Planung	Wissen		Zielsetzung + Planung	Wissen
Ja	möglich		Nein	möglich

3.2.4.4. Vorsatzabstufung durch Anerkennung einer vierten Vorsatzform als planvoller Zielanstrebung

Wer die drei herkömmlichen Vorsatzformen nicht verändern, aber doch eine Vorsatzabstufung gernhat, kann dies angesichts des Forschungsstands dadurch erzielen, dass die planvolle Zielanstrebung nicht wie in Abschnitt 3.2.4.1 als eine Umdefinition der Absicht, sondern als eine neue Vorsatzform angenommen wird. Der Grund hierfür ist gleich wie in Abschnitt 3.2.4.1: Eine Tat mit dieser vierten Vorsatzform wäre unter derselben normativen Gleichsetzung grundsätzlich schärfer als die Tat mit einer der drei herkömmlichen Vorsatzformen zu bestrafen, weil eine planvolle Zielanstrebung ein höheres Risiko für die Tatbestandsverwirklichung signalisiert als bloße Zielsetzung (bzw. Zielanstrebung ohne Planung), sicheres Wissen und Eventualvorsatz.

Man könnte zudem diese neue Vorsatzform mit der Lösung in Abschnitt 3.2.4.2 verbinden. Daraus ergibt sich eine drei-stufige Schwereskala der Vorsatzformen, nämlich:

¹³⁴³ Bei Fn. 23, 25, 32, 68.

Die hier vorgeschlagene vierte Vorsatzform wird als die schwerste Vorsatzform angesehen. Die herkömmliche Absicht und das herkömmliche sichere Wissen stehen auf der gleichen Stufe; beide werden als die zweitschwerste und der herkömmliche Eventualvorsatz als die schwächste Vorsatzform bewertet.

3.2.4.5. Vorsatzabstufung durch Anerkennung einer vierten Vorsatzform als Absicht „plus“ sicheren Wissens

Die vorstehenden Möglichkeiten für die Vorsatzabstufung betreffen nur einen Teil der möglichen Vorsatzformen. Nach der h. M. liegt Absicht vor, wenn es dem Täter auf den Erfolgseintritt ankommt, „gleichgültig, ob er die Tatbestandsverwirklichung für sicher oder nur für möglich hält“¹³⁴⁴. Man könnte die Absicht, die zugleich ein sicheres Wissen darstellt, also „Absicht mit sicherem Wissen“, als die vierte Vorsatzform bezeichnen. Der Vergleich zwischen der vierten Vorsatzform (Absicht mit sicherem Wissen), sicherem Wissen und dem *dolus eventualis* werden in Tabelle 11 dargestellt:

Tabelle 11: Vorsatzabstufung bei Absicht „plus“ sicherem Wissen

Absicht				Sicheres Wissen	
Variation	Zielsetzung	Wissen		Zielsetzung	Wissen
1	Ja	möglich		Nein	sicher
2	Ja	sicher		Nein	sicher

Absicht				<i>dolus eventualis</i>		
Variation	Zielsetzung	Einstellung	Wissen	Zielsetzung	Einstellung	Wissen
3	Ja	Nein	möglich	Nein	Ja	möglich
4	Ja	Nein	sicher	Nein	Ja	möglich

Variation 1 und 3 in Tabelle 11 entsprechen dem Vergleich zwischen Absicht und sicherem Wissen sowie dem Vergleich zwischen Absicht und *dolus eventualis* in Tabelle 7. Das Ergebnis unter der normativen Gleichsetzung in Abschnitt 3.2.4 lautet, dass bei Variation 1 die Absicht und das sichere Wissen, bei Variation 3 die Absicht und *dolus eventualis*, gleich schwer zu bestrafen sind, weil die Einflüsse der Zielsetzung, der vorgestellten Erfolgchance und der Einstellung als gleich groß zu bewerten sind.

¹³⁴⁴ BGH, Urt. v. 26.7.1967 – 2 StR 368/67, BGHSt, 283 (284 f.); BGH, Urt. v. 6.2.1963 – 3 StR 58/62, BGHSt, 246 (248); Wessels/Beulke/Satzger, AT, 46. Aufl. (2016), Rn. 321; Krey/Esser, AT, 6. Aufl. (2016), Rn. 379; Heinrich, AT, 5. Aufl. (2016), Rn. 281; Gropp, AT, 4. Aufl. (2015), § 4 Rn. 159; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), S. 297.

Zieht man aber die einzelnen Ausprägungen der Absicht hinsichtlich des Wissensselementes in Betracht, kommt man für Variation 2 zu einem anderen Ergebnis. Der Grund liegt in dem empirischen Befund, dass die Einflüsse der Intention und der vorgestellten Erfolgchance gewissermaßen additiv sein können¹³⁴⁵. Das bedeutet, dass der gesamte Effekt der Intention und der vorgestellten Erfolgchance größer ist als der Effekt der einzelnen Konstrukte für sich genommen. Das Wissen hilft also bei der Verwirklichung eines Ziels¹³⁴⁶. Daher kann man bei Variation 2 davon ausgehen, dass unter sonst gleichen Umständen die Zielsetzung mitsamt sicherem Wissen ein höheres Risiko für die Tatbestandsverwirklichung darstellt als das sichere Wissen allein. Mit diesem Ergebnis ist eine Ansicht in der Rechtsprechung, dass sich eine als sicher erkannte Tötung nicht schon deswegen vom Durchschnitt der mit direktem Vorsatz begangenen Tötungen abhebe, weil sie zugleich ein vom Täter erstrebtes Ziel ist¹³⁴⁷, zurückzuweisen.

Dasselbe Ergebnis wie Variation 4 ergibt sich aus einer Verbindung der vierten Vorsatzform mit der normativen Gleichsetzung in Abschnitt 3.2.4. Danach wäre der gesamte Effekt der Intention und der vorgestellten Erfolgchance größer als der Effekt der Einstellung, weil der Effekt der Einstellung aufgrund der normativen Gleichsetzung nur als so groß angesehen wird, wie der Effekt der Intention allein und der vorgestellten Erfolgchance allein. Das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung bei einer Zielsetzung mit sicherem Wissen liegt also unter sonst gleichen Umständen höher als beim *dolus eventualis*.

Man kann ferner aus der Verbindung dieser neuen Vorsatzform mit den Lösungen in Abschnitt 3.2.4.1, Abschnitt 3.2.4.2 und Abschnitt 3.2.4.3 eine Schwereskala zwischen allen Vorsatzformen ableiten. Dabei ist zu beachten, dass die Lösung in Abschnitt 3.2.4.1, der zufolge die Absicht als planvolle Zielanstrebung zu definieren ist, sowohl für die Absicht allein als auch für die Absicht bei der vierten Vorsatzform (Absicht plus sicherem Wissen) Anwendung finden soll. Nach dieser Schwereskala sollen „planvolle Zielanstrebung plus sicheres Wissen“ als die schwerste Vorsatzform, die bloße Absicht im Sinne der planvollen Zielanstrebung (ohne sicheres Wissen) als die zweitschwerste, das sichere Wissen als die dritt-schwerste und der *dolus eventualis* als die leichteste Vorsatzform gelten. Es gibt dagegen keine eindeutige Abstufung zwischen der bloßen Absicht und der vierten Vorsatzform, wenn nur die bloße Absicht als planvolle Zielanstrebung undefiniert wird, die Absicht bei der vierten Vorsatzform aber nach wie vor eine Zielsetzung ist. Man weiß nämlich nicht, ob der Effekt der planvollen Zielanstrebung (Zielsetzung mitsamt der Planung) größer ist als der gesamte Effekt der Zielsetzung mitsamt sicherem Wissen.

¹³⁴⁵ Vgl. oben bei Fn. 1209.

¹³⁴⁶ Schwartz/Lederman, Journal of Research in Science Teaching 39 (2002), 205 (231).

¹³⁴⁷ S. 27.

3.2.5. Einschränkungen

Die in den vorigen Abschnitten ausgearbeiteten Richtlinien für die Vorsatzabstufung haben jedoch keine unbeschränkte Gültigkeit. Insbesondere gelten folgende Einschränkungen. Die meisten Einschränkungen wurden im Laufe der Diskussion eingebracht und es ist auf ihre Konsequenzen zu verweisen.

Die erste Einschränkung ist der Mangel an kriminologischen Studien zum Einfluss der Intention und der vorgestellten Erfolgchance (Selbstwirksamkeitserwartung) auf Straftaten. Nur über die Einstellung stehen relativ viele Erkenntnisse zur Verfügung. Man ist folglich in erster Linie auf die psychologischen Forschungen angewiesen, um Schlussfolgerungen für die Vorsatzabstufung zu ziehen.

Aber auch die psychologischen Studien sind unzureichend, insbesondere im Hinblick auf die relativen Einflüsse dieser Intention, Einstellung und vorgestellten Erfolgchance auf die Handlung¹³⁴⁸. Die Einflüsse dieser Konstrukte zueinander wurden mangels Studien¹³⁴⁹ nicht in der vorliegenden Arbeit diskutiert. Das bedeutet aber nicht, dass ihre Wechselwirkung keine Konsequenzen für die Vorsatzabstufung haben kann. Sollte der Befund von *Kroneberg/Heintze/Mehlkop*, dass die vorgestellte Erfolgchance die Straftat nur dann fördere, wenn die Einstellung des Täters eher zugunsten der konkreten Straftat geneigt ist¹³⁵⁰, bestätigt werden, dann müsste man bei der Strafzumessung einer wissentlich begangenen Tat auch die Einstellung des Täters mit einbeziehen, um dem Risiko für die Tatbestandsverwirklichung gerecht zu werden. Daraus würde folgen, dass sicheres Wissen mit der Einstellung zuungunsten der Straftat milder zu bestrafen wäre als sicheres Wissen mit der Einstellung zugunsten dieser Straftat und auch milder als die Absicht und *dolus eventualis*, soweit die normative Gleichsetzung in Abschnitt 3.2.4 gilt.

Das zweite Limit resultiert aus der Kluft zwischen den normativen und empirischen Studien. Man kann nur bei einem Vergleich zwischen einer „Absicht mit sicherem Wissen“ und „sicherem Wissen allein“ direkt aus den empirischen Befunden Schlussfolgerung ziehen. Für die anderen Vergleiche muss man zu normativen Annahmen greifen, z. B. Gleichsetzung dieser Einflüsse, Wahl einer anderen Vorsatzlehre oder Umdefinition der Absicht. Daraus folgt, dass diese Richtlinien in den vorherigen Abschnitten nicht mehr stimmen könnten, sobald die Vorsatzlehren sich für andere normative Annahmen entscheiden.

¹³⁴⁸ S. 273.

¹³⁴⁹ *Sheeran/Maki/Montanaro u. a.*, *Health Psychology* 35 (2016), 1178 (1184 f.); *Kroneberg/Heintze/Mehlkop*, *Criminology* 48 (2010), 259 (284 f.).

¹³⁵⁰ S. 246.

Die dritte Einschränkung ist die tentative bzw. vorläufige Natur des empirischen Wissens. Es versteht sich von selbst, dass Forscher das Ziel einer Allgemeingültigkeit der Theorie verfolgen. Die Reichweite der Gültigkeit basiert aber auf Beweisen und es lässt sich keine absolute Gültigkeit erzielen. Es stimmt auch, dass manche empirischen Befunde zuverlässiger sind als die anderen, weil die Ersten auf mehr konsistenten Beweisen basieren. Alle Befunde unterliegen aber der ständigen Revision durch neue Forschung¹³⁵¹. Dies ist der Grund, warum sich unsere Richtlinien für die Vorsatzabstufung primär auf die psychologischen Studien stützen. Die Anzahl der kriminologischen Studien ist für die meisten Themen zu gering¹³⁵². Das ist auch der Grund, warum diese Richtlinien vor allem aus den Metaanalysen abgeleitet wurden, weil man dadurch die vorhandenen Studien möglichst objektiv zusammenfassen kann¹³⁵³. Trotzdem besteht die Möglichkeit, dass die Gültigkeit dieser Richtlinien aufgrund neuer Erkenntnis eingeschränkt würden.

Die Bedenken richten sich beispielsweise gegen den additiven Effekt der Intention und der vorgestellten Erfolgchance, da er sich auf eine Mediatoranalyse im Rahmen der Metaanalyse stützt. Keine Primärstudie hat die Intention und die vorgestellte Erfolgchance gleichzeitig experimentell manipuliert¹³⁵⁴.

Auch die Vielfältigkeit menschlichen Verhaltens ist zu beachten. Die angeführten Studien verweisen darauf, dass Intention, Einstellung, vorgestellten Erfolgchance und Planung jeweils verschiedenen Einfluss auf verschiedene Handlungen üben¹³⁵⁵. Es könnte sein, dass für manche Straftaten die Intention, für andere die vorgestellte Erfolgchance und für noch andere die Einstellung den größten Einfluss hat. Daraus würde folgen, dass für manche Straftaten die Absicht, für andere das sichere Wissen und für noch andere der bedingte Vorsatz ein höheres Risiko für die Tatbestandsverwirklichung darstellen würde und damit schärfer zu bestrafen wäre. Differenzierte Betrachtung ist notwendig.

3.2.6. Zwischenergebnis

An dem Ausgeführten lässt sich erkennen, dass eine klarere Vorsatzabstufung erzielt werden kann, wenn man (1) der Einfluss von verschiedenen Vorsatzelementen auf die Handlung und Erfolgsherbeiführung aus normativer Sicht gleich setzt, (2) die Absicht als planvolle Zielanstrebung definiert, (3) für *dolus eventualis* die Möglichkeitstheorie vertritt, (4) eine vierte Vorsatzform als „Absicht plus sicheres Wissen“ anerkennt oder (5) ge-

¹³⁵¹ Goodwin, Research in Psychology, 2014, S. 15.

¹³⁵² S. 271 f.

¹³⁵³ Zur Metaanalyse vgl. S. 93.

¹³⁵⁴ S. 282, 245.

¹³⁵⁵ S. 243, 253, 260, 263.

wisse Kombination von diesen Lösungen einsetzt. In verschiedenen Lösungen finden auch verschiedene Ansichten, die von der Literatur und der Rechtsprechung in Bezug auf die Vorsatzabstufung vorgebracht wurden, ihre Unterstützung.

Damit wird ersichtlich, dass die Frage, ob die Vorsatzform eine Strafzumessungsrelevanz haben soll, sowohl vom empirischen Wissen als auch von der Vorsatzlehre („ob die Möglichkeitstheorie anzunehmen ist?“) und Zwecksetzung des Vorsatzbegriffs („ob das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung ein Maßstab für die Bewertung der Vorsatzform darstellt?“) abhängt. Die Frage nach der Vorsatzabstufung kann nur im Dialog der Empirie und der Norm angebracht beantwortet werden. Die Antwort auf die normativen Fragen entscheidet über die zu überprüfenden empirischen Thesen.

Die Zwecksetzung des Vorsatzbegriffs und die Definition von *dolus eventualis* sowie Absicht benötigen selbstständige Arbeiten; diese Fragen können hier nur ansatzweise beantwortet werden. Dogmatische Begriffe sollen den Aufgaben des Strafrechts dienen, zu denen die Kennzeichnung der Risikohöhe für die Tatbestandsverwirklichung gehört¹³⁵⁶. Eine Umdefinition der Absicht als planvolle Zielanstrebung und eine Anerkennung der vierten Vorsatzform als „Absicht plus sicheren Wissens“ sind empfehlenswert, weil sie dieser Aufgabe besser als die traditionelle Definition gerecht werden kann.

Schließlich müsste auch unabhängig von der Definition der Absicht und der Vorsatzabstufung eine erhebliche Änderung in der Praxis vorgenommen werden, soweit das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung als legitimer Maßstab für die Strafzumessung angesehen wird. Denn eine Studie zeigt, dass die Planung maximal 1 Prozent der Varianz im Strafmaß erklärt¹³⁵⁷. Es wurde dadurch dem starken Einfluss der Planung auf die Tatbestandsverwirklichung¹³⁵⁸ nicht genug Rechnung getragen.

3.3. Vermeidemacht und Bereitschaft zur Vermeidung

Die Ansicht zur Beziehung zwischen dem Wissenselement und der „Vermeidemacht“¹³⁵⁹ sowie die Ansicht zur Beziehung zwischen der Absicht und der „Bereitschaft zur Vermeidung“¹³⁶⁰ lassen sich ebenso als Risiko für die Tatbestandsverwirklichung interpretieren. Es stellt sich die Frage, welche Konsequenzen aus den angeführten empirischen Forschungen für diese Argumente zu ziehen sind.

¹³⁵⁶ So etwa *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 49, 99; *Schünemann*, in: FS Hirsch, 1999, S. 363 (372).

¹³⁵⁷ S. 238.

¹³⁵⁸ S. 261–263.

¹³⁵⁹ S. 231–233.

¹³⁶⁰ S. 239.

Der Befund, dass die Wahrscheinlichkeit einer Handlungsausführung mit der vorgestellten Erfolgchance steigt¹³⁶¹, kann gegen das Argument der Vermeidemacht sprechen. Wollte man stattdessen annehmen, die Vermeidemacht des Täters liege bei einer als höher vorgestellten Erfolgchance doch auch höher, dann würde derselbe Befund für das Argument der (niedrigen) Bereitschaft zur Vermeidung sprechen. Denn der Täter müsste in diesem Fall erheblich weniger zur Vermeidung bereit sein, sodass die Handlung trotz erhöhter Vermeidemacht wahrscheinlicher vorgenommen wird.

Ein weiterer Befund, die Zielsetzung bzw. die Verstärkung der Intention erhöhe die Wahrscheinlichkeit der zielgerichteten Handlung¹³⁶², könnte zwar ebenfalls für das Argument einer (niedrigen) Bereitschaft zur Vermeidung beim absichtlichen Täter sprechen, weil die Intention auf Tatbegehung und die Bereitschaft zu deren Vermeidung die beiden Seiten der gleichen Münze sind. Aus diesen Befunden lässt sich aber keine eindeutige Folgerung für die Vorsatzabstufung schließen, weil dabei nicht nur ein Element, sondern drei Elemente (Intention, vorgestellte Erfolgchance und – je nach der Vorsatzlehre – Einstellung oder Emotion) miteinander zu vergleichen sind. Genau darüber, in welchem Verhältnis sich diese Elemente zueinander befinden, sind zurzeit nicht genügend Anhaltspunkte verfügbar¹³⁶³.

Darüber hinaus könnte das Argument der Vermeidemacht zu einem inakzeptablen Ergebnis führen, auch wenn klare Resultat erzielt werden können. Als Beispiel dient die Planung. Es wurde dargestellt, dass eine planvolle Zielanstrebung gefährlicher für das Rechtsgut ist als eine bloße Zielsetzung. Es wurde auch gezeigt, dass die Planung vor allem durch unbewusste und automatische Vorgänge bei der Zielerreichung hilft¹³⁶⁴. Da unbewusste Vorgänge schwer zu kontrollieren sind, erscheint die Tatbestandsverwirklichung bei einer planvollen Zielanstrebung unvermeidlicher, als bei einer bloßen Zielsetzung ohne Planung. Nun besagt das Argument der Vermeidemacht, dass der Täter umso härter bestraft werden soll, je höher die Vermeidbarkeit für die Tatbestandsverwirklichung sei. Dementsprechend wäre eine gefährliche planvolle Zielanstrebung wegen der geringeren Vermeidbarkeit milder zu bestrafen!

Nach dem Maßstab des Risikos für die Tatbestandsverwirklichung und unter Einhaltung des Schuldprinzips ist dagegen eine planvolle Zielanstrebung deshalb schärfer zu bestrafen als eine bloße Zielsetzung, weil der Täter im ersten Fall, analog zum Tatbestands-

¹³⁶¹ S. 243–245.

¹³⁶² S. 260–261.

¹³⁶³ S. 273–283.

¹³⁶⁴ S. 263–265.

modell der *actio libera in causa*¹³⁶⁵, in verantwortlichem Zustand eine Ursache für die verminderte Vermeidemacht in Gang setzt und damit das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung erhöht. Aber natürlich ist eine Planung in der Regel keine *actio libera in causa*, es sei denn, der Plan schließt ein Sichversetzen in die Schuldunfähigkeit ein. Das Vorliegen des Vorsatzes stellt daher nach wie vor auf die Tatsachen beim Versuchsbeginn ab, wenn er und die Planung zeitlich unterschiedlich ausfallen.

4. Zusammenfassung des Kapitels

Nach manchen Strafrechtslehren erhöht oder vermindert das eine oder andere Vorsatzelement das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung im konkreten Fall. Nach dem aktuellen Forschungsstand vor allem von Psychologie und Kriminologie werden diese Lehren zum Teil abgelehnt und zum Teil bestätigt.

Das Risiko für die Tatbestandsverwirklichung hat sich als ein tauglicher Maßstab für die Vorsatzabstufung erwiesen. Es stellt einen legitimen Zweck dar, weil es mit der Aufgabe des Strafrechts als Rechtsgüterschutz, der Praxis sowie Lehren der Strafzumessung vereinbar ist. Das Wichtigste ist, dass sich aus der empirischen Forschung die relative Höhe dieses Risikos bei verschiedenen Vorsatzformen bzw. bei verschiedenen Kombinationen der Vorsatzelemente herleiten lässt. Dies setzt in den meisten Fällen eine normative Zuschreibung voraus, da die Vorsatzlehren ihre empirischen Thesen nicht konkret genug formulieren und der aktuelle Forschungsstand nur einen Teil der Unterschiede zwischen den Vorsatzformen im Hinblick auf ihr Risiko für die Tatbestandsverwirklichung erklären kann. Man kann erwarten, dass eine engere Zusammenarbeit zwischen der Strafrechtswissenschaft und den Verhaltenswissenschaften die Wissenslücken ausfüllt und ggf. die hier erarbeiteten Richtlinien revidiert.

¹³⁶⁵ Vgl. Gropp, AT, 4. Aufl. (2015), § 6 Rn. 108; Roxin, AT 1, 4. Aufl. (2006), § 20 Rn. 61.

Kapitel 7: Schlussbetrachtung

1. Zusammenfassung der vorherigen Kapitel

Die vorliegende Arbeit untersucht die Problematik »Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen«. Zwei Kernfragen sind:

1. Sind unterschiedliche Vorsatzformen auch bei der Strafzumessung unterschiedlich zu bewerten?
2. Nach welchem Maßstab soll diese (unterschiedliche oder gleiche) Bewertung erfolgen?

1.1. Rechtsprechung und der Literaturmeinungen

Nach jahrzehntelanger Debatte, wechselnden Argumenten und Ergebnissen sind *alle Strafsenate* des BGH 2017 darüber einig geworden, dass Tötungsabsicht einen tauglichen Strafschärfungsgrund sei. Drei Strafsenate vertreten zudem eine grundsätzliche Schwereskala der Vorsatzformen, derzufolge Absicht als strafschärfend, sicheres Wissen als neutral und *dolus eventualis* als strafmildernd bewertet werden soll. Andere Bewertungen seien nicht ausgeschlossen, wenn andere Strafzumessungsumstände mit einbezogen werden¹³⁶⁶.

Alle strafzumessungsrechtlichen Lehrbücher und Kommentare sprechen heute bei § 46 StGB die Rechtsprechung des BGH an, aber oft ohne Stellungnahme. Ein Teil davon folgt einfach der einen oder anderen BGH-Entscheidung, ohne eine eigene Begründung zu liefern. In den Lehrbüchern vom Allgemeinen Teil des Strafrechts und in den Kommentierungen des Vorsatzbegriffs (§§ 15 und 16 StGB) wird die Vorsatzabstufung selten angesprochen und, wenn doch, meist unter Berufung auf die Entscheidungen des *1. bis 4. Strafsenats* von 1984 bis 1992 abgelehnt¹³⁶⁷.

¹³⁶⁶ S. 21–26.

¹³⁶⁷ S. 29–32.

Vereinzelte Monografien und Aufsätze bemühen sich um eine Vertiefung des Arguments. Die Mehrheit von ihnen geht davon aus, dass eine Tat mit direktem Vorsatz (gemeint sind Absicht und sicheres Wissen) schärfer als eine Tat mit Eventualvorsatz zu bestrafen sei. Aber nur wenige davon nehmen an, dass einer absichtlichen Tat noch schwerere Strafen als einer wissentlichen zukommen soll¹³⁶⁸.

1.2. Rein normative Ansätze über die Vorsatzabstufung

Die von der Rechtsprechung und der Literatur vorgebrachten Argumente lassen sich in zwei große Kategorien einordnen: zum einen die rein normativen Ansätze, zum anderen die Ansätze, die sowohl normative als auch empirischen Thesen beinhalten. Die rein normativen Ansätze wurden in Kapitel 2 behandelt und beziehen sich auf die Figuren des Strafzumessungsrechts oder der Verbrechenslehre.

Zunächst ist daran festzuhalten, dass sich aus der *Gesetzessystematik* keine Richtlinie für die Abstufung der Vorsatzformen ergibt. Der Gesetzgeber will sogar die Vorsatzformen nicht definieren, sondern lässt Raum für eine wissenschaftliche Entwicklung¹³⁶⁹.

Unter Berufung auf die *Strafzumessungsregeln* wird häufig eingewendet, dass direkter Vorsatz der *Regelfall* der vorsätzlichen Tatbegehung sei und daher eine Strafschärfung aufgrund dessen gegen das *Doppelverwertungsverbot* verstoße. Der Begriff von „Regelfall“ ist allerdings kategorisch zurückzuweisen, weil seine Auslegung von der Willkür des Tatgerichts abhängig ist und seine Prüfung zu einer unrechtmäßigen Überdehnung revisionsrichterlicher Kontrolle der Strafzumessung führt. Dies folgt wiederum aus dem Umstand, dass man nicht von einem gesetzgeberischen Regelfall ausgehen kann. Ferner gilt das „Doppelverwertungsverbot“ auch dann nicht für den Regelfall, wenn die Rechtsfigur des Regelfalls bestünde. Denn verboten ist lediglich, das „Minimum“ eines Tatbestandsmerkmals, d. h., die Gemeinsamkeiten aller seiner Verwirklichungen, bei der Strafzumessung erneut zu verwerten; dagegen müssen die quantitative und qualitative Abstufungen eines Tatbestandsmerkmals, jedenfalls, wenn sie nicht unbeachtlich sind, um der Schuldangemessenheit willen bei der Strafzumessung herangezogen werden¹³⁷⁰ – damit wird die *Ausgangsfrage I* bejaht.

Das Argument, dass Vorsatzform keine selbständige Strafzumessungsrelevanz aufweise, da sie einer *Gesamtwürdigung* oder *Einzelfallbetrachtung* bedürfe, vermengt ver-

¹³⁶⁸ S. 32, 35–46.

¹³⁶⁹ S. 47.

¹³⁷⁰ S. 48–51.

schiedene Phasen der Strafzumessung. Empfehlenswert ist es, einzelne Umstände zuerst gesondert zu bewerten und erst danach gegeneinander abzuwiegen¹³⁷¹. Diese Arbeit fokussiert sich auf die Bewertung der Vorsatzformen in der früheren Phase der Strafzumessung.

Einige normative Ansätze beruhen auf den Begriffen der *Verbrechenslehre*, wie z. B. Schuld und Unrecht.

Das Argument, dass Absicht oder auch sicheres Wissen auf einen erhöhten *Schuldgehalt* hinweise, und das Gegenargument, dass die Vorsatzform nichts über das Ausmaß der Schuld besage, laufen auf verfassungswidriges Gesinnungsstrafrecht hinaus. Sie bewerten die Vorsatzelemente nicht nach der Gefährlichkeit der Handlung, sondern nach der Werthaftigkeit der Gesinnung¹³⁷².

Die Ansichten, dass eine absichtliche oder wissentliche Tat *das gegenseitige Anerkennungsverhältnis* der Rechtssubjekte massiver als eine bedingt vorsätzliche Tat verletze und damit einen höheren *Unrechtsgehalt* verwirkliche, bieten zum einen keine objektive Richtlinie für das Ausmaß des Unrechts an. Zum anderen haben sie sich als unsachliche Auslegung der Psyche des Täters entpuppt, weil diese Ansichten die kognitive oder voluntative Komponente des Vorsatzes, die sich nur auf die Handlung und Erfolge beziehen, als eine Stellungnahme des Täters zum gegenseitigen Anerkennungsverhältnis oder zum Recht interpretieren¹³⁷³. Die Lehre, dass der *Taterfolg* dem absichtlichen oder wissentlichen Täter im Verhältnis zum bedingt vorsätzlichen Täter stärker *zuzurechnen* sei, führt entweder zu einem Zirkelschluss oder einer fraglichen Bewertung des außertatbestandlichen Ziels¹³⁷⁴.

Aus Kapitel 2 ergibt sich, dass keiner der rein normativen Ansätze stichhaltig ist, egal, ob sie für oder gegen die Vorsatzabstufung sprechen. Mit diesen Argumenten lässt sich die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen weder begründen noch widerlegen. Man muss daher nach weiteren Argumenten suchen.

1.3. Vorsatzabstufung nach dem generalpräventiven Bedarf

In der Literatur wird vereinzelt vertreten, dass die beiden Arten von direktem Vorsatz (Absicht und sicheres Wissen) höhere generalpräventive Bedürfnisse des Täters signali-

¹³⁷¹ S. 51–52.

¹³⁷² S. 52–56.

¹³⁷³ S. 57–58.

¹³⁷⁴ S. 58–59.

sieren, als der bedingte Vorsatz. Außerdem lassen sich aus einigen Vorsatzlehren Maßgaben für eine Vorsatzabstufung nach den positiv- oder negativ-generalpräventiven Erwägungen ableiten¹³⁷⁵. Kapitel 3 behandelt diese Ansätze.

1.3.1. Die zu überprüfenden Thesen

Die generalpräventiven Ansätze über die Vorsatzabstufung schildern vier Phasen der Wirkung von Straftaten und Strafen:

Wirkung der Straftat:

1. Es besteht die Gefahr, dass die Taten mit einer bestimmten Vorsatzform, im Vergleich zu denen mit anderen Vorsatzformen, die Risikofaktoren der Allgemeinheit für die Tatbegehung verstärken.
2. Die verstärkten Risikofaktoren führen zu mehr Straftaten.

Wirkung der Strafe:

3. Eine härtere oder gerechte Strafe für die Taten mit dieser gefährlichen Vorsatzform kann im Verhältnis zu einer milderen oder ungerechten Strafe der oben geschilderten Gefahr effizienter entgegenwirken. Eine härtere oder gerechte Strafe verringere in größerem Maße die Risikofaktoren der Allgemeinheit für die Tatbegehung.
4. Die geschwächten Risikofaktoren führen zu weniger Delikten.

Wesentlicher Unterschied zwischen den beiden generalpräventiven Ansätze ist, dass die negative Theorie den grundlegenden Mechanismus von Anstieg und Rückgang der Kriminalität in der Abschreckung der Allgemeinheit erblickt und die positive Theorie in der Rechtstreue der Allgemeinheit.

1.3.2. Normative Zulässigkeit

Ehe man auf die empirischen Forschungsergebnisse über diese Thesen eingeht, soll die normative Zulässigkeit der Generalpräventionen überprüft werden. Denn ein Mittel, wie hervorragend auch immer der Nutzen sein mag, darf dann auf keinen Fall angewendet werden, wenn es aufgrund eines unverhältnismäßig gravierenden und unheilbaren Eingriffs in die Grundrechte von vornherein ausscheidet.

¹³⁷⁵ S. 62–65.

Gegen die Theorie der negativen Generalprävention wird herkömmlich der Einwand erhoben, dass durch Drohung mit oder Furcht vor Strafe der „Mensch [...] wie ein Hund behandelt“ werde. Den beiden Theorien wird zudem vorgeworfen, dass „der bestrafte Mensch als bloßes Mittel für die Vorteile anderer Menschen missbraucht würde“. Die erste Kritik erweist sich als übertrieben, weil die Abschreckungstheorie von vornherein primär auf einen *Homo oeconomicus* – einen Mensch, der vernünftig nach der Kosten-Nutzen-Überlegung handelt – abstellt und vor dem unverhältnismäßigen Strafeinsatz warnt¹³⁷⁶. Die zweite Kritik ist insofern verfehlt, als sich die Strafe noch im schuldangemessenen Rahmen bewegt. In diesem Fall stellt der Täter kein bloßes Objekt der Kriminalitätsprävention dar, da er zugleich nach seiner Tatschuld bestraft wird¹³⁷⁷.

Ein weiterer Vorwurf, dass auch illegitime Verhaltensnormen durch den generalpräventiven Mechanismus der Strafe gestärkt werden könnten, übersieht, dass die Legitimierung von strafrechtlichen Verhaltensnormen nicht zur Aufgabe der Straftheorie, sondern der Kriminalisierungstheorie bzw. des materiellen Verbrechensbegriffs (z. B. Rechtsverletzung, Rechtsgutsverletzung oder Normverletzung) gehört.

Die echte und enorme Herausforderung für die Generalpräventionen als Straftheorien besteht vielmehr darin, empirisch zu belegen, ob und auf welche Weise die Strafe unter Einhaltung der Schuldangemessenheit die hypothetischen Wirkungen – Abschreckung der Allgemeinheit oder Verstärkung ihrer Rechtstreue – erzielen kann und welche Rolle die Vorsatzformen dabei spielen.

1.3.3. Folgerungen aus empirischen Erkenntnissen

1.3.3.1. Vorsatzabstufung nach negativ-generalpräventiven Erwägungen

Die Abschreckungsforschung befasst sich fast ausschließlich mit der zweiten Hälfte des generalpräventiven Mechanismus: der Wirkung der Strafe. Die Abschreckung lässt sich in drei Kategorien einordnen: *Abschreckung durch Strafhärte, -wahrscheinlichkeit und -schnelligkeit*. Aus dem aktuellen Forschungsstand heraus ergeben sich wenig Beweise für das Hauptanliegen dieser Theorie, dass die Allgemeinheit durch Erhöhung der Strafhärte von Straftaten abschrecken lassen, obwohl es die am häufigsten untersuchte Wirkungsweise der negativen Generalprävention ist. Hingegen tritt die Abschreckung durch Strafwahrscheinlichkeit empirisch deutlich zutage. Die Wirkung der Strafschnelligkeit schließlich wird kaum erforscht.

¹³⁷⁶ S. 74–76.

¹³⁷⁷ S. 77.

Daraus wird ersichtlich, dass die Theorie der negativen Generalprävention momentan keine konkreten Maßstäbe für die Strafzumessung und damit auch für die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen anbieten kann. Diese Unfähigkeit resultiert zum einen aus den methodologischen Schwierigkeiten bei der nicht-experimentellen Forschung nach den Wirkungen von Straftaten und Strafen, da sich Experimente dort nur schwer durchführen lassen. Zum anderen existiert zwischen dem Beobachtungslernen auf der individuellen Ebene und dem Abschreckungseffekt auf der Ebene der Allgemeinheit eine breite Kluft. Diese methodologischen Herausforderungen lassen sich wahrscheinlich nicht in kurzer Zeit überwinden. Angesichts der raschen Fortschritte im Bereich der positiven Generalprävention, der Spezialprävention sowie der Sozialwissenschaft in den letzten 40 Jahren sollte das Potenzial der Abschreckungsforschung aber nicht unterschätzt werden.

1.3.3.2. Vorsatzabstufung nach positiv-generalpräventiven Erwägungen

Es stehen für jede These der Strafzumessung nach den positiv-generalpräventiven Erwägungen zurzeit nur eine Handvoll empirische Studien zur Verfügung, obwohl man bedeutende Fortschritte in den vergangenen vier Jahrzehnten erreicht hat. Dabei wurde die Wirkung der Strafe deutlich mehr erforscht als die Wirkung der (vorsätzlichen) Straftaten.

Die Studien zur „Ansteckungsgefahr der Kriminalität“ (→ Kapitel 3: Abschnitt 6.2.2) und zur „broken windows theory“ (→ Kapitel 3: Abschnitt 6.2.3) sprechen ansatzweise für die erste Hälfte des generalpräventiven Mechanismus, dass eine Straftat zu weiteren Straftaten der Anderen führen könne. Allerdings wird noch nicht festgestellt, ob dies über den positiv-generalpräventiven Pfad (Veränderung in der Rechtstreue), den negativ-generalpräventiven Pfad (Kosten-Nutzen-Überlegung) oder über weitere psychologische Konstrukte vermittelt wird.

Im Hinblick auf die kriminogene Wirkung der Straftat wurde unter den Vorsatzformen lediglich die Absicht im Rahmen der „Zielansteckung“ im nicht-kriminellen Kontext erforscht (→ Kapitel 3: Abschnitt 6.3). Mangels vergleichbarer Studien zur Wirkung von weiteren Vorsatzformen muss die Frage vorerst offenbleiben, ob sich absichtliche Taten in größerem Maße infizierend auswirken als wissentliche oder bedingt vorsätzliche Taten.

In Bezug auf die positiv-generalpräventive Wirkung der Strafe werden in der Strafrechtswissenschaft die Thesen von „Prävention durch gerechte Strafe“ und „Prävention durch harte Strafe“ vertreten. Vereinzelt zeigen Studien, dass eine als ungerecht empfundene Strafe die Normeinhaltung kurzfristig gefährden kann, während ihre langfristige Wirkung noch nicht erforscht wird. Andere Studien deuten darauf hin, dass eine harte Strafe die Rechtstreue nur dann effizient verstärkt, wenn das Vertrauen in Gericht oder

Verfahrensfairness gewährleistet wird oder wenn der Adressat eine Straftat gleicher Art noch nicht begangen hat. Innerhalb des schon als gerecht empfundenen Strafrahmens kann eine Feinabstimmung der Strafe die Rechtstreue und Normeinhaltung nicht beachtlich beeinflussen, soweit die Verfahrensfairness gewährleistet wird. Daraus folgt, dass eine Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen nur dann vorliegt, wenn die Bevölkerung *ceteris paribus* unterschiedliche „gerechte Strafe“ für unterschiedliche Vorsatzformen vertritt – diese Unterschiede festzustellen, stellt folglich die zentrale Aufgabe einer Lehre von der positiv-generalpräventiv orientierten Vorsatzabstufung dar.

Es sei zu beachten, dass die Ergebnisse für die positiven Generalprävention wegen des Forschungsmangels vorläufig sind. Es besteht erheblicher Forschungsbedarf.

1.4. Vorsatzabstufung nach dem spezialpräventiven Bedarf

Kapitel 4 geht auf die Lehre der Vorsatzabstufung nach den spezialpräventiven Erwägungen ein. Lediglich *Frisch* hat sich 1983 ausdrücklich für eine derartige Vorsatzabstufung ausgesprochen. Aus keiner anderen Vorsatzlehren lässt sich eine auch nur implizite Aussage über eine solche Vorsatzabstufung herleiten. Das spezialpräventive Argument *Frischs* findet in den vielen BGH-Entscheidungen, Monografien und Aufsätzen über die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen nur eine einzige Replik und wird dabei zurückgewiesen. Auch *Frisch* selbst hat inzwischen wohl seine Ansicht aufgegeben¹³⁷⁸. Doch in einer spezialpräventiv begründeten Vorsatzabstufung steckt sowohl normativ als auch empirisch weitaus mehr Potenzial als in einer generalpräventiv begründeten.

1.4.1. Die zu überprüfenden Thesen

Eine auf die Spezialprävention ausgerichtete Vorsatzabstufung muss folgende Hypothesen nachweisen¹³⁷⁹:

1. Die Vorsatzformen oder Vorsatzelemente weisen eine zuverlässige und bedeutende Vorhersagekraft für das Rückfallrisiko auf.
2. Verschiedene Vorsatzformen sagen *ceteris paribus* das Rückfallrisiko in verschiedener Höhe voraus.
3. Die Strafe oder die Straftäterbehandlung reduziert das Rückfallrisiko mit ausreichender Zuverlässigkeit und in bedeutendem Maß.

¹³⁷⁸ S. 129–132.

¹³⁷⁹ S. 150–151.

4. Täter mit unterschiedlichem Rückfallrisiko bedürfen unterschiedlichen Arten oder Maßen der Strafe oder Straftäterbehandlung, damit ihr Rückfallrisiko auf ein erwünschtes Niveau verringert werden kann.

5. Art und Maße der Strafe oder Straftäterbehandlung lassen sich mit ausreichender Zuverlässigkeit prognostizieren.

1.4.2. Normative Zulässigkeit

Gegen die Spezialprävention wird der soziologische Vorwurf erhoben, dass sie die Kriminalität „als rein individuelles Problem“ deute und die gesellschaftlichen Ursachen für die Kriminalität vernachlässige. Dieser Vorwurf darf indes nicht dazu verleiten, dass individuelle Rückfallrisikofaktoren nicht oder erst nach einer erwünschten Sozialreform behandelt werden. Die Forschung zur Kriminalprognose wird ferner als genetischer Determinismus oder als anti-multikulturell kritisiert. Diese Kritik verfehlt den Kern der Kriminalprognose, dass jeder ein Verbrechenisrisiko aufweist, dessen Höhe sich im Laufe des Lebens je nach der Kombination seiner Risikofaktoren verändert¹³⁸⁰. Dabei spielt die Umwelt eine viel größere Rolle als die genetische Anlage¹³⁸¹.

Man befürchtet außerdem eine zwangsweise Besserung der Persönlichkeit oder Gesinnung durch die spezialpräventive Kriminalpolitik. Im Gegensatz dazu argumentiert die vorliegende Arbeit, dass eine zwangsweise Besserung hingenommen werden muss, wenn die Besserung eine natürliche Folge einer schuldangemessenen Strafe und einer rechtmäßigen Strafvollstreckung ist, da die Strafe immer einen Zwang darstellt. Darüber hinaus ist von einem verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebot auszugehen, dessen Verfolgung durch andere Mittel als Strafe aber nur unter voller Beachtung der freien Persönlichkeitsentfaltung erfolgen darf. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, darf der Staat den Straftäter ohne seine Zustimmung – in diesem Sinn zwangsweise – zur Untersuchung oder Maßnahme zum Zweck der Resozialisierung anweisen oder sie anordnen; dies dient aber lediglich zur Motivierung und Chanceneröffnung. Ob der Straftäter daran aktiv mitwirkt, hat er selbst zu entscheiden. Verweigert er seine Mitwirkung, so lässt er sich lediglich die Chance einer günstigen Strafvollstreckung oder eines günstigen Strafvollzugs entgehen – eine Rechtsfolge, die auch sonstige Verstöße gegen die Weisungen oder Anordnungen nach sich ziehen können. Mehr Zwang darf der Staat nicht auf einen schuldfähigen Straftäter anwenden¹³⁸². Zur Gewährleistung der Selbstbestimmung wurden

¹³⁸⁰ S. 153–154, 161.

¹³⁸¹ S. 133–135.

¹³⁸² S. 145.

Novellen der relevanten Vorschriften entworfen¹³⁸³.

Die normative Zulässigkeit des spezialpräventiven Zwecks ergibt jedoch nur dann Sinn, wenn ihre Mittel, d. h., Strafen oder resozialisierende Maßnahmen, die hypothetisierte Wirkung zeigen können.

1.4.3. Folgerungen aus empirischen Erkenntnissen

Die empirischen Studien zur Spezialprävention lassen sich in drei Unterthemen gliedern: die Forschung zur Rückfallprognose, zum resozialisierenden Effekt der Sanktionen und zum resozialisierenden Effekt der Straftäterbehandlung. Dabei haben sich viele Einwände¹³⁸⁴ gegen die Validität der Rückfallprognose und den Resozialisierungseffekt der Straftäterbehandlung als unbegründet erwiesen.

Die Instrumente zur Rückfallprognose haben sich zwar nicht als perfekt, doch als hinreichend sicher und zuverlässig erwiesen¹³⁸⁵. Die besten von ihnen können in über 80 % der Fälle die Straftäter mit höherem Rückfallrisiko von denen mit niedrigerem Risiko richtig unterscheiden. Sie gelten für viele Deliktstypen; viele Instrumente gelten auch für die Straftäter in Deutschland¹³⁸⁶. Mit der Einführung und ständigen Verfeinerung der dynamischen Risikofaktoren kann die Entwicklung von Persönlichkeit und Leben des Straftäters heute viel stärkere Berücksichtigung finden als Mitte des vergangenen Jahrhunderts. Die Wissenschaft bemüht sich derzeit darum, mithilfe der akuten Risikofaktoren die Rückfälle innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten vorherzusagen, um damit eine schnelle Antwort auf ein rasch steigendes Rückfallrisiko zu ermöglichen¹³⁸⁷.

Leider wurde die Bedeutung der Vorsatzformen für die Rückfallprognose bisher nur begrenzt erforscht, obwohl diesbezüglich keine grundsätzlichen methodischen Schwierigkeiten bestehen¹³⁸⁸. Eine spezialpräventiv ausgerichtete Vorsatzabstufung wird daher schon im ersten Schritt, Rückfallprognose mithilfe der Vorsatzformen, gestoppt.

Würden in Zukunft fundierte Beweise dafür zur Verfügung stehen, dass verschiedene Vorsatzformen auf verschiedene Rückfallrisiken hindeuten, so könnte man von einer Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen aus der spezialpräventiven Perspektive ausgehen, weil bereits nach dem gegenwärtigen Forschungsstand eine zuverlässige und erhebliche Resozialisierungswirkung durch die Straftäterbehandlung erzielt werden kann.

¹³⁸³ S. 147.

¹³⁸⁴ S. 151, 187.

¹³⁸⁵ S. 157.

¹³⁸⁶ S. 157–156.

¹³⁸⁷ S. 152–154.

¹³⁸⁸ S. 172–175.

Diese Wirkung setzt voraus, dass wichtige Prinzipien für eine erfolgreiche Beratung befolgt werden: Intervention durch menschlichen Berater, RNR-Prinzipien, Vorrang alternativer Sanktionen¹³⁸⁹ und angemessene Therapieeinheiten¹³⁹⁰. Eine Richtlinie für die Wahl der Straftat ist aus den Befunden ebenfalls zu entnehmen. Angesichts der Resozialisierung sind grundsätzlich die alternativen Sanktionen gegenüber dem Strafvollzug zu bevorzugen¹³⁹¹. Besteht ein Konsens über das Ausmaß der zu bewirkenden Reduzierung des Rückfallrisikos, so lässt sich die benötigte Behandlungsdauer einschätzen, die in Verbindung mit weiteren Parametern, z. B. den verfügbaren Ressourcen der Strafrechtspflege und dem schuldangemessenen Strafraum, das Strafmaß bestimmen kann¹³⁹².

Diese Richtlinien basieren ausschließlich auf der Forschung zur Straftäterbehandlung. Im Vergleich dazu ist der rückfall-reduzierende Effekt der Strafen aufgrund der methodologischen Schwierigkeiten und des daraus resultierenden Forschungsmangels bisher weder bestätigt noch widerlegt worden¹³⁹³.

1.5. Vorsatzabstufung nach dem Grad der Tatherrschaft

Kapitel 5 hat aus der Lehre der Tatherrschaft neue Ansätze für die Vorsatzabstufung hergestellt, die es zuvor nicht in der Literatur gab. Zunächst wurde angeführt, dass die Tatherrschaft ein abstufbarer Begriff ist¹³⁹⁴. Sodann weisen wir darauf hin, dass manche Autoren die Tatherrschaft anhand des Wissens- oder Wollenselement vom Vorsatz abstufen, wobei ihre Ausführungen empirische Hypothesen über die Funktion des jeweiligen Vorsatzelementes beinhalten.

1.5.1. Die zu überprüfenden Thesen

Die Hypothese über die Funktion des Wissens lautet¹³⁹⁵:

Wer voraussieht, dass seine Handlung mit höherer Wahrscheinlichkeit einen tatbestandsmäßigen Geschehensablauf herbeiführen wird, und trotzdem jene Handlung ausführt, hat mehr Kontrolle über diesen Geschehensablauf und verdient damit eine schwerere Strafe.

¹³⁸⁹ S. 189–192.

¹³⁹⁰ S. 193–196.

¹³⁹¹ S. 198.

¹³⁹² S. 200.

¹³⁹³ S. 178–186.

¹³⁹⁴ S. 203–204.

¹³⁹⁵ S. 210.

Die Hypothese über die Funktion des Wollens lautet¹³⁹⁶:

Wer einen tatbestandsmäßigen Geschehensablauf als Ziel erstrebt, hat mehr Herrschaft über ihn, als wenn er, unter sonst gleichen Umständen, den möglichen Geschehensablauf nur in Kauf nimmt oder wenn es ihm gleichgültig ist, ob dieser realisiert wird.

1.5.2. Normative Zulässigkeit

Eine Vorsatzabstufung nach dem Grad der Tatherrschaft ist normativ zulässig, weil die Tatherrschaft eines der wichtigsten Unrechtsmerkmale darstellt.

1.5.3. Folgerungen aus empirischen Erkenntnissen

Diese Hypothesen wurden auf ihre empirischen Grundlagen überprüft. Experimentelle Ergebnisse zeigen, dass sowohl das Wissen als auch das Wollen des Handelnden einen starken Einfluss auf den Vorwurf und die Strafzumessung durch die Probanden haben. Die Erfolgskontrolle des Handelnden, der die Tatfolge als wahrscheinlicher voraussieht, wird als höher beurteilt und er bekommt eine härtere Strafe als derjenige, der sie in geringerem Maße voraussieht. Die Erfolgskontrolle des Handelnden, der den Schaden Dritter als Ziel verfolgt, wird ebenfalls als höher beurteilt und ihm wird es schärfer vorgeworfen als demjenigen, der diesen nicht intendiert. Die Erfolgskontrolle einer sowohl wissentlichen als auch zielgerichteten Handlung wird als am höchste angesehen¹³⁹⁷.

Diese Studienergebnisse entsprechen zwar der Tatherrschaftslehre, besagen an sich aber nichts über die wirkliche Erfolgskontrolle, sondern sie belegen allenfalls die Einschätzung der Erfolgskontrolle durch Probanden, die von der Wirklichkeit abweichen kann. In der Kausalkette befindet sich vor der Handlung die innere Seite des Handelnden, darunter sein Wollen und Wissen. Die innere Seite kann erst durch die Handlung indirekt auf den Erfolg wirken¹³⁹⁸. Eine Vorsatzabstufung nach dem Grad der Erfolgskontrolle setzt also den Einfluss der Vorsatzform auf die Handlung voraus, m.a.W.: Welche Vorsatzform erhöht die Gefährlichkeit einer Handlung? Das wurde in Kapitel 6 erörtert.

¹³⁹⁶ S. 213.

¹³⁹⁷ S. 215–217.

¹³⁹⁸ S. 283.

1.6. Vorsatzabstufung nach dem Risiko der Tatbestandsverwirklichung

1.6.1. Die zu überprüfenden Thesen

Kapitel 6 zeigt, dass in der Strafrechtswissenschaft Thesen reichlich vorhanden sind, nach denen die Ausprägung vom Wissen oder Wollen das Risiko einer Tatbestandsverwirklichung beeinflussen könne. Manche Thesen erhält starke empirische Unterstützung.

1.6.2. Normative Zulässigkeit

Eine Vorsatzabstufung nach dem Maßstab von „Risiko für die Tatbestandsverwirklichung“ ist normativ zulässig, weil er einen der wichtigsten Maßstäbe für die Bewertung vom Unrechtsgehalt der Straftaten darstellt¹³⁹⁹.

1.6.3. Folgerungen aus empirischen Erkenntnissen

Aufgrund des Forschungsmangels bezüglich des Einflusses von Emotionen auf die Straftaten und angesichts ihrer schwachen Bedeutung aus den wenig vorhandenen Studienergebnissen haben wir die Diskussion, soweit es um den *dolus eventualis* geht, darauf eingegrenzt, dass seine voluntative Komponente als Einstellung im Sinne einer (tatsächlich vorhandenen) Handlungsmaxime zu verstehen ist¹⁴⁰⁰.

Dutzende bis gut Hundert Experimente, vor allem aus den Bereichen von Gesundheitsmanagement, akademischer und sportlicher Leistung, legen nahe, dass die vorgestellte Erfolgchance, die Zielsetzung (bzw. -anstrebung) und die Einstellung (im Sinne einer Maxime zugunsten einer Handlung) die Wahrscheinlichkeit der Vornahme einer Handlung und der Erfolgserreichung beeinflussen. Je höher oder stärker sich diese Konstrukte zeigen, umso wahrscheinlicher ist die Vornahme der Handlung und die Erfolgserreichung¹⁴⁰¹. Ähnliche kriminologische Studien belegen eine gute Vorhersagekraft der Einstellung und Zielsetzung (bzw. Zielanstrebung) für Straftaten¹⁴⁰². Leider sind die eigentlichen Effektstärken dieser Vorsatzelemente auf die Handlung und die Erfolgserzielung noch nicht aufgeklärt, sodass eine Vorsatzabstufung nach dem Risiko für die Tatbestandsverwirklichung derzeit nicht vorgenommen werden kann¹⁴⁰³.

¹³⁹⁹ S. 270.

¹⁴⁰⁰ S. 268–269.

¹⁴⁰¹ S. 244, 255, 261.

¹⁴⁰² S. 258–259, 266–268.

¹⁴⁰³ S. 272.

Vorsatzabstufungen ließen sich anstellen, wenn man angesichts der ungeklärten Effekstärken von Vorsatzelementen (vorgestellte Erfolgchance, Einstellung und Zielsetzung/-anstrebung) ihre Einflüsse auf die Tatbestandsverwirklichung als gleich groß ansehen würde. *Unter dieser normativen Gleichsetzung* hat die vorliegende Arbeit fünf Möglichkeiten der Vorsatzabstufung vorgeschlagen, nämlich eine Vorsatzabstufung¹⁴⁰⁴:

1. durch *Umdefinieren der Absicht als planvoller Zielanstrebung*,
2. durch *Annahme der Möglichkeitstheorie für Eventualvorsatz*,
3. durch *Kombination der vorstehenden beiden Ansätzen*,
4. durch *Anerkennung einer vierten Vorsatzform als planvoller Zielanstrebung* oder
5. durch *Anerkennung einer vierten Vorsatzform als Absicht „plus“ sicheren Wissens*.

1.7. Beantwortung der Ausgangsfragen

Die Antwort auf die erste Ausgangsfrage: Ja, unterschiedliche Vorsatzformen sind bei der Strafzumessung unterschiedlich zu bewerten, wenn sie quantitative oder qualitative beachtliche Unterschiede aufweisen.

Die Antwort auf die zweite Ausgangsfrage: Die vorliegende Arbeit empfiehlt nach einem Dialog zwischen Norm und Empirie den Maßstab in Kapitel 6, d. h., Vorsatzformen nach dem Risiko für die Tatbestandsverwirklichung abzustufen. Dieser Maßstab ist mit der Verbrechenslehre gut vereinbar; er trägt zur Konkretisierung vom Unrechtsgehalt bei. Dieser Maßstab hat außerdem den Vorzug, dass seine Einzelheiten mit der Forschungsentwicklung verfeinert werden können.

In Anbetracht dessen, dass Kapitel 6 keine absolute, einzige Lösung gibt, sondern es schlägt mehrere Optionen vor, wird ersichtlich, dass die Vorsatzabstufung weder bloße Frage der Strafzumessung noch bloße Frage der empirischen Forschung ist. Die Antwort auf die Vorsatzabstufung hängt zugleich von der Vorsatzlehre und Zwecksetzung des Vorsatzbegriffs ab, die allerdings außerhalb der Betrachtung der vorliegenden Arbeit liegt¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰⁴ S. 273–280.

¹⁴⁰⁵ S. 281–282.

2. Aussicht auf eine normativ sowie empirisch fundierte Strafrechtsdogmatik

Dass aus der bisherigen Diskussion nur wenig konkrete Folgerungen für die Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen, die sowohl normativ sowie empirisch fundiert sind, gezogen werden können und dass selbst die konkreten Vorschläge in Kapitel 6 ohne eine normative Gleichsetzung der empirischen Effektstärken nicht auskommen können, ist eine natürliche Konsequenz aus der Tatsache, dass die Strafrechtswissenschaft traditionell viel normativer ausgerichtet ist, als sie darum bemüht ist, empirische Thesen der dogmatischen Lehren empirisch nachzuweisen. Stattdessen wird oft auf Plausibilität, Alltagserfahrung, Vermutung, Zuschreibung¹⁴⁰⁶ oder Fiktionen verwiesen. Im schlechtesten Fall geht man einfach von einer Selbstverständlichkeit oder einer apriorischen Vorgegebenheit des infrage stehenden Sachverhalts aus oder diskutiert gar nicht über dessen Wirklichkeit. Wenn Beweise für die empirischen Fragen der Dogmatik vorwiegend aus anderen Fachbereichen als der Strafrechtswissenschaft hervorgehen, so verwundert es nicht, dass viele Studien dem feinen Unterschied der dogmatischen Begriffe nicht genug Rechnung tragen, weil der Forscher nicht daran gedacht hat oder diese nur zu grob gefasst hat.

Daraus ergibt sich ein starkes Bedürfnis nach einer strafrechtsdogmatisch-empirischen Forschung, die die Strafrechtswissenschaft selbst zu betreiben hat, wenn sie ihre Theorien bzw. Lehren *sowohl normativ als auch empirisch fundiert* begründen will. Zu diesem Zweck muss die dogmatische Theorie bzw. Lehre zunächst ihre empirischen Thesen möglichst klar formulieren¹⁴⁰⁷. Anzugeben sind die Definitionen für die zu erklärenden und die erklärenden Begriffe sowie die Art von Zusammenhang zwischen dem einen und dem anderen Begriff, z. B.: „Was ist das Skalenniveau der Variable?“; „Was sagt was vorher?“; „Liegt eine Korrelation oder Kausalität vor?“; „Eine positive oder negative Korrelation bzw. Wirkung?“; „Ein direkter oder indirekter Effekt?“; „Gibt es Mediator- oder Moderatorvariablen?“

Der potenzielle Anwendungsbereich der strafrechtsdogmatisch-empirischen Forschung ist viel weiter gefasst als die hiesige Problematik der »Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzformen«. Er beschränkt sich auch nicht nur auf die in dieser Arbeit gewürdigten Begriffe wie etwa Strafzumessung überhaupt¹⁴⁰⁸, Generalprävention, Spezialpräventionen¹⁴⁰⁹, Tatherrschaft¹⁴¹⁰ und Bedrohlichkeit aus der Opferperspektive¹⁴¹¹. Er umfasst im Prinzip alle dogmatischen Themen mit einem empirischen Zusammenhang. Von besonde-

¹⁴⁰⁶ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008, S. 32 f.

¹⁴⁰⁷ S. 113.

¹⁴⁰⁸ Außer den angeführten Studien vgl. auch Albrecht, in: Frisch/von Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 215; Höfer, MschrKrim 88 (2005), 127.

rer Bedeutung sind strafrechtsdogmatisch-empirische Studien für die Begriffe und Lehren, bei denen es sich um ein einzuschätzendes Risiko handelt. Überprüfen lässt sich z. B. die Geeignetheit einer Handlung für die Störung des öffentlichen Friedens (§§ 126, 130, 140 und 166 StGB) oder für das Fördern oder Wecken der Bereitschaft anderer zur Tatbegehung (§ 130a StGB). Auch verfahrensrechtliche Begriffe lassen sich empirisch untermauern, wenn etwa Prognoseforschung für Fluchtgefahr (§ 112 StPO) nach dem Vorbild der Forschung zur Rückfallprognose angestellt wird.

Trotz der Feststellung, dass die Relevanz der empirischen Forschung für die Strafrechtswissenschaft bislang zu häufig unterschätzt werde, muss die vorliegende Arbeit nichtsdestoweniger auf die Grenzen der Empirie hinweisen. Empirische Forschung stellt *kein schnelles Rezept* dar. Die Anhäufung von Beweisen und Wissen erfordert regelmäßig weit mehr Zeit und Kosten als viele denken. Empirische Forschung ist auch *kein Allheilmittel*: Zum einen sind – jedenfalls nach dem heutigen Stand der Methodik – nicht alle empirischen Thesen empirisch zugänglich. Das Rechtssystem muss aber auch dann handeln oder entscheiden können, wenn die Feststellung einer relevanten Tatsache nicht oder nicht mit zumutbarem Aufwand möglich ist. Das könnte eine Erklärung dafür, warum seit dem 19. Jahrhundert immer mehr Lehren der Schuldfähigkeit die Frage nach der Willensfreiheit umgehen und eine Normativierung des Schuldbegriffs verfolgen¹⁴¹². In den Grenzen der empirischen Methode wurzelte wohl auch der Grundsatz „in dubio pro reo.“ Dass hier dieser Grundsatz, aber nicht das Gegenteil, wie etwa die Schulvermutung, gilt, zeigt gerade die Notwendigkeit eines Dialogs zwischen Norm und Empirie, nicht aber die Alleinherrschaft von einer der beiden: Auf der einen Seite legt die Norm fest oder ihr sind Leitfäden dafür zu entnehmen, was empirisch zu überprüfen ist, inwieweit die Nachweise geführt werden müssen und wie man bei fehlendem oder unzureichendem Nachweis mit der Norm, die sich auf eine nicht bestätigte empirische Behauptung stützt, oder mit dem konkreten Fall, der von jener empirisch unfundierten Norm oder Behauptung abhängt, umzugehen ist. Auf der anderen Seite lassen sich die Spielräume der Gesetzgebung und der juristischen Theoriebildung – wie in Kapitel 3 bis 6 geschehen – mithilfe empirischer Beweise ausfüllen, erweitern oder einschränken.

Strafrechtsdogmatisch-empirische Studien lassen sich nur mit hinreichender Kenntnis sowohl über die Dogmatik als auch über die empirische Methodik durchführen und inter-

¹⁴⁰⁹ Außer den angeführten Studien vgl. auch *Streng*, MschrKrim 87 (2004), 127; *Höffler*, ZStW 127 (2016), 1018.

¹⁴¹⁰ S. 35 und Kapitel 5:.

¹⁴¹¹ S. 36, 270.

¹⁴¹² Vgl. S. 225–227; *Roxin*, AT 1, 4. Aufl. (2006), Rn. § 19 Rn. 43; *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. (1996), S. 408–410.

pretieren. Dies könnte eine große Herausforderung für die Interessenten darstellen. Die Aneignung des interdisziplinären Wissens wird sich aber sicherlich lohnen, wie schon die beiden von *Liszt* vor hundert Jahren mitgegründeten interdisziplinären Fachzeitschriften¹⁴¹³ gezeitigt haben.

¹⁴¹³ „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ und „Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform“; vgl. *MschrKrim* 87 (2004), 161 (161 f.); *Wetzell*, *Inventing the Criminal*, 2000, S. 37 f; *Liszt*, in: *Aufsätze und Vorträge*, 1970, S. 284 (296).

Literaturverzeichnis

- Aarts, Henk/Dijksterhuis, Ap/Dik, Giel, Goal contagion, Inferring goals from other's actions - And what it leads to, in: Shah, James Y./Gardner, Wendi L. (Hrsg.), *Handbook of Motivation Science*, New York 2008, S. 265–280.
- Aarts, Henk/Gollwitzer, Peter M./Hassin, Ran R., Goal contagion, Perceiving is for pursuing. *Journal of Personality and Social Psychology* 87 (2004), 23–37.
- Adams, Michael/Shavell, Steven, Zur Strafbarkeit des Versuchs. *GA* 1990, 337–364.
- Ahlers-Grzibek, Ute, Der normative Normalfall in der Strafzumessung. Zugl.: Diss., Univ. Osnabrück, 2002, Hamburg, 2003 (zitiert: Normalfall).
- Ajzen, Icek, *Attitudes, Personality, and Behavior*, 2. Aufl., Berkshire, England, 2005.
- Ajzen, Icek/Fishbein, Martin, The influence of attitudes on behavior, in: Albarracín, Dolores (Hrsg.), *The Handbook of Attitudes*, New York, London 2014, S. 173–221.
- Akers, Ronald L./Jennings, Wesley G., Social Learning Theory, in: Piquero, Alex R. (Hrsg.), *The Handbook of Criminological Theory*, Chichester, West Sussex 2016, S. 230–240.
- Albarracín, Dolores/Zanna, Mark P./Johnson, Blair T./Kumkale, G. Tarcan, Attitudes: Introduction and Scope, in: Albarracín, Dolores (Hrsg.), *The Handbook of Attitudes*, New York, London 2014, 3–20.
- Albrecht, Hans-Jörg, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes, Berlin, 1994.
- Albrecht, Hans-Jörg, Strafe und Prävention, Eine Herausforderung für Rechtswissenschaft und Justiz. *Diskurs* 5 (1995), 15–22.
- Albrecht, Hans-Jörg, Tatproportionalität in der Strafzumessungspraxis, in: Frisch, Wolfgang/von Hirsch, Andrew/Albrecht, Hans-Jörg (Hrsg.), *Tatproportionalität, Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Buchenbach-Symposium 1999, Heidelberg 2003, S. 215–241.
- Albrecht, Peter-Alexis, Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen. *ZStW* 97 (1985), 831–870.
- Albrecht, Peter-Alexis, *Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht. Ein Studienbuch*, 4. Aufl., München, 2010.
- Alicke, Mark D., Culpable Control and the Psychology of Blame. *Psychological Bulletin* 126 (2000), 556–574.
- Alicke, Mark D./Buckingham, Justin/Zell, Ethan/Davis, Teresa, Culpable Control and Counterfactual Reasoning in the Psychology of Blame. *Personality and Social Psychology Bulletin* 34 (2008), 1371–1381.
- Amelung, Knut, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage ; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens, Frankfurt am Main, 1972 (zitiert: Rechtsgüterschutz).
- American Psychological Association, *Ethical Principles of Psychologists and Code of Conduct*, 2017, unter: <https://www.apa.org> (abgerufen am 27.07.2019).

- Ames, Daniel L./Fiske, Susan T., Intentional Harms Are Worse, Even When They're Not. *Psychological Science* 2013, 1–8.
- Ames, Daniel L./Fiske, Susan T., Perceived Intent Motivates People to Magnify Observed Harms. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 112 (2015), 3599–3605.
- Anderson, Dana/Hanson, R. Karl, Static-99, in: Otto, Randy K./Douglas, Kevin S. (Hrsg.), *Handbook of Violence Risk Assessment*, New York 2010, S. 251–267.
- Anderson, John Robert/Anderson, John R., *Cognitive psychology and its implications*, 7. Aufl., New York, 2010.
- Andrade, Jackie, Consciousness, in: Braisby, Nick/Gellatly, Angus (Hrsg.), *Cognitive Psychology*, 2. Aufl., Oxford, UK 2012, S. 577–605.
- Andre, Christian Carl, *Mannigfaltigkeiten zum Nutzen und Vergnügen. Für Hausväter und Hausmütter, Jünglinge und Mädchen, Geistliche und Weltliche, Lehrer, Beamte, Bürger und Landleute faßlich eingerichtet*, Prag, 1818 (zitiert: *Mannigfaltigkeiten*).
- Andrews, Donald A./Bonta, James, LSI-R, Level of Service Inventory - Revised, unter: <https://www.mhs.com> (abgerufen am 29.05.2019).
- Andrews, Donald A./Bonta, James, LSI-R: The Level of Service Inventory - Revised, New York, Toronto, 2000.
- Andrews, Donald A./Bonta, James, *The Psychology of Criminal Conduct*, 5. Aufl., Amsterdam, Boston, 2010 (zitiert: *Psychology of Criminal Conduct*).
- Andrews, Donald A./Bonta, James/Wormith, J. Stephen, LS/CMI, Level of Service/Case Management Inventory, unter: <https://www.mhs.com> (abgerufen am 29.05.2019).
- Andrews, Donald A./Bonta, James/Wormith, J. Stephen, Level of Service/Case Management Inventory (LS/CMI™), Supplement: A Gender-Informed Risk/Need/Responsivity Assessment, 2008, unter: <http://downloads.mhs.com> (abgerufen am 07.10.2013).
- Andrews, Donald A./Guzzo, Lina/Raynor, Peter/Rowe, Robert C./Rettinger, L. Jill/Brews, Albert/Wormith, J. Stephen, Are the Major Risk/Need Factors Predictive of Both Female and Male Reoffending?, A Test With the Eight Domains of the Level of Service/Case Management Inventory. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 56 (2012), 113–133.
- Andrews, Donald A./Zinger, Ivan/Hoge, Robert D./Bonta, James/Gendreau, Paul/Cullen, Francis T., Does Correctional Treatment Work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Meta-Analysis. *Criminology* 28 (1990), 369–404.
- Apel, Robert, Sanctions, Perceptions, and Crime, Implications for Criminal Deterrence. *Journal of Quantitative Criminology* 29 (2013), 67–101.
- Apel, Robert/Nagin, Daniel S., Deterrence: Sanction Perceptions, in: Wright, James D. (Hrsg.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2. Aufl., Amsterdam 2015, S. 250–254.
- Appert, Benjamin Nicolas Marie, *Die Geheimnisse des Verbrechens, des Verbrecher- und Gefängnis-Lebens. Zweiter Theil*, Leipzig, 1851 (zitiert: *Geheimnisse*).
- Armitage, Christopher J./Conner, Mark, Efficacy of the Theory of Planned Behaviour, A meta-analytic review. *British Journal of Social Psychology* 40 (2001), 471–499.
- Aronson, Elliot/Wilson, Timothy D./Akert, Robin M., *Social psychology*, 8. Aufl., Boston, 2013.
- Avramova, Yana R./Inbar, Yoel, Emotion and Moral Judgment. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Cognitive Science* 4 (2013), 169–178.
- Bachman, Ronet/Schutt, Russell K., *The Practice of Research in Criminology and Criminal Justice*, 6. Aufl., Los Angeles, CA, 2016.

- Baglivio, Michael T./Wolff, Kevin T./Howell, James C./Jackowski, Katherine/Greenwald, Mark A., The search for the holy grail, Criminogenic needs matching, intervention dosage, and subsequent recidivism among serious juvenile offenders in residential placement. *Journal of Criminal Justice* 55 (2018), 46–57.
- Bailey, William C., Deterrence and the Violent Sex Offender: Imprisonment vs. The Death Penalty. *Journal of Behavioral Economics* 6 (1977), 109–143.
- Bailey, William C., Deterrence and the Celerity of the Death Penalty: A Neglected Question in Deterrence Research. *Social Forces* 58 (1980), 1308–1333.
- Bailey, William C./Peterson, Ruth D., Murder, Capital Punishment, and Deterrence: A Review of the Literature, in: Bedau, Hugo Adam (Hrsg.), *The Death Penalty in America, Current Controversies*, New York 1997, S. 135–161.
- Bales, William D./Piquero, Alex R., Assessing the impact of imprisonment on recidivism. *Journal of Experimental Criminology* 8 (2012), 71–101.
- Bandura, Albert, Influence of models' reinforcement contingencies on the acquisition of imitative responses. *Journal of Personality and Social Psychology* 1 (1965), 589–595.
- Bandura, Albert, Exercise of personal and collective efficacy in changing societies, in: Bandura, Albert (Hrsg.), *Self-efficacy in changing societies*, Reprint, Cambridge, UK 1995, S. 1–13.
- Bandura, Albert, On the Functional Properties of Perceived Self-Efficacy Revisited. *Journal of Management* 38 (2011), 9–44.
- Bandura, Albert, The Social and Policy Impact of Social Cognitive Theory, in: Mark, Melvin M. (Hrsg.), *Social psychology and evaluation*, New York 2011, S. 33–70.
- Bandura, Albert/Ross, Dorothea/Ross, Sheila A., Transmission of aggression through imitation of aggressive models. *Journal of Abnormal and Social Psychology* 63 (1961), 575–582.
- Bandura, Albert/Ross, Dorothea/Ross, Sheila A., Imitation of film-mediated aggressive models. *Journal of Abnormal and Social Psychology* 66 (1963), 3–11.
- Bar, Carl Ludwig von, Dolus eventualis? *ZStW* 18 (1898), 534–559.
- Bar, Carl Ludwig von, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907.
- Barringer, Sondra N./Eliason, Scott R./Leahey, Erin, A History of Causal Analysis in the Social Sciences, in: Morgan, Stephen L. (Hrsg.), *Handbook of Causal Analysis for Social Research*, Dordrecht 2014, S. 9–26.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11. Aufl., Bielefeld, 2003 (zitiert: *Bearbeiter in: Baumann/Weber/Mitsch, AT*).
- Baurmann, Michael, Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention. *GA* 1994, 368.
- Baurmann, Michael, Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, in: Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils (Hrsg.), *Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog ; Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998*, S. 1–16.
- Beccaria, Cesare, *Über Verbrechen und Strafen*, Wien, Österreich, 1851.
- Beccaria, Cesare, *Über Verbrechen und Strafen. Nebst Anmerkungen und einem Anhang: Graf Röderer, Ueber die Abschaffung der Todesstrafe. Übersetzt und mit Vorwort und Beccaria's Biographie versehen*, Berlin, Deutschland, 1870.
- Becker, Rolf/Mehlhop, Guido, Social Class and Delinquency. *Rationality and Society* 18 (2006), 193–235.
- Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch. Mit Nebengesetze*, 60. Aufl., München, 2013 (zitiert: *Fischer, StGB*).

- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch. Mit Nebengesetzen, 61. Aufl., München, 2014 (zitiert: *Fischer, StGB*).
- Beck'scher Online-Kommentar StGB*, hrsg. v. *Heintschel-Heinegg, Bernd* von, 28. Ed., München, 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in: *BeckOK-StGB*, 28. Ed.).
- Beck'scher Online-Kommentar StGB*, hrsg. v. *Heintschel-Heinegg, Bernd* von, 31. Ed., München, 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in: *BeckOK-StGB*, 31. Ed.).
- Beck'scher Online-Kommentar StGB*, hrsg. v. *Heintschel-Heinegg, Bernd* von, 34. Ed., München, 2017 (zitiert: *Bearbeiter* in: *BeckOK-StGB*, 34. Ed.).
- Beck'scher Online-Kommentar StGB*, hrsg. v. *Heintschel-Heinegg, Bernd* von, 43. Ed., München, 2019 (zitiert: *Bearbeiter* in: *BeckOK-StGB*, 43. Ed.).
- Beirne, Piers*, *Inventing Criminology: Essays on the Rise of 'Homo Criminalis'*, New York, 1993.
- Bekker, Ernst Immanuel*, *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1859.
- Berner, Albert Friedrich*, *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843 (zitiert: *Imputationslehre*).
- Bernhard, Sarah/Hohmeyer, Katrin/Jozwiak, Eva/Koch, Susanne/Kruppe, Thomas/Stephan, Gesine/Wolff, Joachim*, Kapitel C: Aktive Arbeitsmarktpolitik in Deutschland und ihre Wirkungen, in: *Möller, Joachim/Walwei, Ulrich* (Hrsg.), *Handbuch Arbeitsmarkt*, Nürnberg, Bielefeld 2009, S. 149–202.
- Binding, Karl*, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Erster Band: Normen und Strafgesetze*, 4. Aufl., Leipzig, 1922 (Nachdruck 1991 durch Scientia) (zitiert: *Normen*).
- Bishop, Nicholas J.*, Predicting rapid DUI recidivism using the Driver Risk Inventory on a state-wide sample of Floridian DUI offenders. *Drug and Alcohol Dependence* 118 (2011), 423–429.
- Bock, Michael*, Prävention und Emperie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen. *JuS* 1994, 89–99.
- Bock, Michael*, § 30 Grundzüge der gegenwärtigen Strafrechtspflege und die Aufgabe der Kriminologie, in: *Göppinger, Hans/Bock, Michael* (Hrsg.), *Kriminologie*, 6. Aufl., München 2008, S. 541–567.
- Bock, Michael*, *Kriminologie. Für Studium und Praxis*, 4. Aufl., München, 2013.
- Boetticher, Axel/Kröber, Hans-Ludwig/Müller-Isberner, Rüdiger/Böhm, Klaus M./Müller-Metz, Reinhard/Wolf, Thomas*, Mindestanforderungen für Prognosegutachten. *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 1 (2007), 90–100.
- Bonta, James/Andrews, Donald A.*, *The Psychology of Criminal Conduct*, 6. Aufl., New York, 2016 (zitiert: *Psychology of Criminal Conduct*).
- Borenstein, Michael/Hedges, Larry V./Higgins, Julian P.T./Rothstein, Hannah R.*, *Introduction to Meta-Analysis*, Chichester, West Sussex, U.K., 2009.
- Bouffard, Jeffrey A.*, Examining the Direct and Indirect Effects of Fear and Anger on Criminal Decision Making Among Known Offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 59 (2015), 1385–1408.
- Bourgon, Guy/Armstrong, Barbara*, Transferring the Principles of Effective Treatment into a "Real World" Prison Setting. *Criminal Justice and Behavior* 32 (2005), 3–25.
- Braga, Anthony A./Papachristos, Andrew/Hureau, David*, *The Effects of Hot Spots Policing on Crime*, Oslo, 2012.
- Braithwaite, John*, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge, UK, 1989.
- Brezina, Timothy/Topalli, Volkan*, Criminal Self-Efficacy. *Criminal Justice and Behavior* 39 (2012), 1042–1062.

- Brookman, Fiona, Killer decisions: The role of cognition, affect and 'expertise' in homicide, in: Nee, Claire/Ward, Tony (Hrsg.), Expertise and Offending, Bd. 20 2015, S. 42–52.
- Brown, E. C./Wiersema, Jan Roelf/Pourtois, Gilles/Brune, Martin, Modulation of motor cortex activity when observing rewarding and punishing actions. *Neuropsychologia* 51 (2013), 52–58.
- Brubaker, Robert G./Fowler, Christopher, Encouraging College Males to Perform Testicular Self-Examination, Evaluation of a Persuasive Message Based on the Revised Theory of Reasoned Action1. *Journal of Applied Social Psychology* 20 (1990), 1411–1422.
- Bruns, Hans-Jürgen, Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 13. 5. 1981 - 3 StR 126/81. *JR* 1981 (12), 512–514.
- Bruns, Hans-Jürgen, Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis, 2. Aufl., Köln, 1985 (zitiert: Strafzumessung).
- Burgess, Robert L./Akers, Ronald L., A Differential Association-Reinforcement Theory of Criminal Behavior. *Social Problems* 14 (1966), 128–147.
- Bushman, Brad J./Huesmann, L. Rowell, Short-term and long-term effects of violent media on aggression in children and adults. *Archives of Pediatrics & Adolescent Medicine* 160 (2006), 348–352.
- Bushman, Brad J./Huesmann, L. Rowell/Whitaker, Jodi L., Violent media effects, in: Nabi, Robin L./Oliver, Mary Beth (Hrsg.), The SAGE Handbook of Media Processes and Effects, Los Angeles 2009.
- Bye, Raymond T., Capital Punishment in the United States: Diss. University of Pennsylvania, Philadelphia, PA, 1919.
- Campion, Donald R., Does the Death Penalty Protect State Police?, 1955, gesammelt in: Bedau, Hugo Adam (Hrsg.), The Death Penalty in America, An Anthology, New York 1964, S. 301–315.
- Cantor, David/Cohen, Lawrence E., Comparing measures of homicide trends: Methodological and substantive differences in the Vital Statistics and Uniform Crime Report time series (1933–1975). *Social Science Research* 9 (1980), 121–145.
- Carroll, John S./Weaver, Frances, Shoplifters Perceptions of Crime Opportunities, A Process-Tracing Study, in: Cornish, Derek B./Clarke, Ronald V. (Hrsg.), The Reasoning Criminal, Rational Choice Perspectives on Offending, With a new introduction by Ronald V. Clarke, New Brunswick, London 2014, S. 19–38.
- Caruso, Eugene M./Waytz, Adam/Epley, Nicholas, The intentional mind and the hot hand: Perceiving intentions makes streaks seem likely to continue. *Cognition* 116 (2010), 149–153.
- Casey, Sharon, Offending, Drug-related expertise and decision making, in: Nee, Claire/Ward, Tony (Hrsg.), Expertise and Offending, Bd. 20 2015, S. 82–91.
- Castellanos-Ryan, Natalie/O'Leary-Barrett, Maeve/Sully, Laura/Conrod, Patricia, Sensitivity and Specificity of a Brief Personality Screening Instrument in Predicting Future Substance Use, Emotional, and Behavioral Problems, 18-Month Predictive Validity of the Substance Use Risk Profile Scale. *Alcoholism: Clinical and Experimental Research* 37 (2013), E281–E290.
- Chen, Elsa Y., Impacts of "Three Strikes and You're Out" on Crime Trends in California and Throughout the United States. *Journal of Contemporary Criminal Justice* 24 (2008), 345–370.
- Cherbonneau, Michael/Copes, Heith, 'Drive it like you Stole it': Auto Theft and the Illusion of Normalcy. *British Journal of Criminology* 46 (2006), 193–211.
- Cloward, Richard A./Ohlin, Lloyd E., Delinquency and Opportunity: A Study of Delinquent Gangs, Oxon, UK, 1960 (Nachdruck 2013 durch Routledge).

- Cohen, Albert Kircidel, *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*, London, 1956.
- Cohen, Jacob, A power primer. *Psychological Bulletin* 112 (1992), 155–159.
- Committee on Deterrence and the Death Penalty, *Deterrence and the Death Penalty*, Washington, D.C., 2012 (zitiert: Deterrence).
- Cooper, Harris M., *Research synthesis and meta-analysis: A step-by-step approach*, 5. Aufl., Thousand Oaks, 2016.
- Copes, Heith/Hochstetler, Andy/Cherbonneau, Michael, Getting the Upper Hand, Scripts for Managing Victim Resistance in Carjackings. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 49 (2011), 249–268.
- Cullen, Francis T./Jonson, Cheryl Lero/Nagin, Daniel S., Prisons Do Not Reduce Recidivism. *The Prison Journal* 91 (2011), 48S–65S.
- Cumming, Geoff, *Understanding the new statistics: Effect sizes, confidence intervals, and meta-analysis*, New York, 2012.
- Cushman, Fiery A., Crime and punishment: distinguishing the roles of causal and intentional analyses in moral judgment. *Cognition* 108 (2008), 353–380.
- Cushman, Fiery A./Young, Liane/Greene, Joshua D., Multi-System Moral Psychology, in: Doris, John Michael (Hrsg.), *The Moral Psychology Handbook*, Oxford, UK, New York 2010, S. 47–71.
- Czernichow, S./Kengne, A-P/Stamatakis, E./Hamer, M./Batty, G. D., Body mass index, waist circumference and waist-hip ratio, Which is the better discriminator of cardiovascular disease mortality risk?: evidence from an individual-participant meta-analysis of 82 864 participants from nine cohort studies. *Obesity reviews : an official journal of the International Association for the Study of Obesity* 12 (2011), 680–687.
- Dahle, Klaus-Peter/Harwardt, Franziska/Schneider-Njepel, Vera, *LSI-R: MANUAL. Inventar zur Einschätzung des Rückfallrisikos und des Betreuungs- und Behandlungsbedarfs von Straftätern. Deutsche Version des Level of Service Inventory - Revised nach Don Andrews and James Bonta*, Göttingen, 2012.
- Dahle, Klaus-Peter/Lehmann, Robert J. B., Klinisch-idiografische Kriminalprognose, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*, Göttingen 2013, S. 347–356.
- Dahle, Klaus-Peter/Schneider-Njepel, Vera, Rückfall- und Gefährlichkeitsprognose bei Rechtsbrechern, in: Bliesener, Thomas/Lösel, Friedrich/Köhnken, Günter (Hrsg.), *Lehrbuch der Rechtspsychologie*, Bern 2014, S. 422–445.
- Dann, Robert Hornimann, *The Deterrent Effect of Capital Punishment*, Philadelphia, PA, 1935.
- Davidson, Andrew R./Jaccard, James J., Variables that moderate the attitude-behavior relation, Result of a longitudinal survey. *Journal of Personality and Social Psychology* 37 (1979), 1364–1376.
- de Vries, Reinout E./Pathak, Raghuvar D./Van Gelder, Jean-Louis/Singh, Gurmeet, Explaining Unethical Business Decisions, The role of personality, environment, and states. *Personality and Individual Differences* 117 (2017), 188–197.
- Depoorter, Ben/Venneste, Sven, Norms and enforcement: the case against copyright litigation. *Oregon Law Review* 84 (2005), 1127–1180.
- Detter, Klaus, Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht. *NStZ* 10 (1990), 173–177.
- Detter, Klaus, Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht. *NStZ* 11 (1991), 272–278.
- Detter, Klaus, Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht. *NStZ* 21 (2001), 467–473.
- Detter, Klaus, *Einführung in die Praxis des Strafzumessungsrechts. Mit Erläuterungen zum Recht der Maßregeln der Besserung und Sicherung*, Köln, 2009 (zitiert: Strafzumessungsrecht).

- Detter, Klaus, Zum Strafzumessungsrecht. *NStZ* 33 (2013), 390–399.
- Detter, Klaus, Zum Strafzumessungsrecht. *NStZ* 37 (2017), 624–638.
- Dharani, Krishnagopal, *The Biology of Thought. A Neuronal Mechanism in the Generation of Thought - A New Molecular Model*, Amsterdam, 2015.
- Diekmann, Andreas/Przepiorka, Wojtek/Rauhut, Heiko, Lifting the veil of ignorance, An experiment on the contagiousness of norm violations. *Rationality and Society* 27 (2015), 309–333.
- Dik, Giel/Aarts, Henk, Behavioral cues to others' motivation and goal pursuits, The perception of effort facilitates goal inference and contagion. *Journal of Experimental Social Psychology* 43 (2007), 727–737.
- Dölling, Dieter, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion? *ZStW* 102 (1990), 1–20.
- Dölling, Dieter/Entorf, Horst/Hermann, Dieter/Rupp, Thomas, Is Deterrence Effective? Results of a Meta-Analysis of Punishment. *European Journal on Criminal Policy and Research* 15 (2009), 201–224.
- Domino, George/Domino, Marla L., *Psychological testing: An introduction*, 2. Aufl., Cambridge, UK, 2006.
- Douglas, Kevin S./Hart, Stephen D./Webster, Christopher D./Belfrage, Henrik, HCR-20 V3. Rating Sheet for Version 3 of the HCR-20, unter: <http://hcr-20.com> (abgerufen am 11.03.2019).
- Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, 6. Aufl., New Providence, NJ, 2012.
- Dubber, M./Hörnle, T., *Criminal Law: A Comparative Approach*, 2014 (zitiert: Criminal).
- Dubber, Markus Dirk, Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie, Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht. *ZStW* 117 (2005), 485–518.
- Dušek, Libor, Time to punishment, The effects of a shorter criminal procedure on crime rates. *International Review of Law and Economics* 43 (2015), 134–147.
- Duwe, Grant, The effects of the timing and dosage of correctional programming on recidivism. *Journal of Offender Rehabilitation* 57 (2017), 1–16.
- Editorial. *MschrKrim* 87 (2004), 161–162.
- Eher, Reinhard/Rettenberger, Martin, Der Static-99 zur Erfassung des statischen Risikos bei Sexualstraftätern, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*, Göttingen 2013, S. 189–201.
- Ehrlich, Isaac, The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement. *The Journal of Legal Studies* 1 (1972), 259–276.
- Ehrlich, Isaac, Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. *Journal of Political Economy* 81 (1973), 521–565.
- Ehrlich, Isaac, The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death. *NBER Working Paper*: 18, Cambridge, MA, 1973.
- Ehrlich, Isaac, The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death. *The American Economic Review* 65 (1975), 397–417.
- Eisenberg, Ulrich, *Kriminologie*, 6. Aufl., München, 2005.
- Eisend, Martin, *Metaanalyse*, München, Mering, 2014.
- Elwood, Richard W., Psychological tests and clinical discriminations, Beginning to address the base rate problem. *Clinical Psychology Review* 13 (1993), 409–419.
- Engisch, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930 (Nachdruck 1964 durch Aalen Scientia) (zitiert: Vorsatz).

- Entorf, Horst/Spengler, Hannes, Die generalpräventive Wirkung erwarteter Strafe, Eine umfassende Auswertung kombinierter Kriminal- und Strafverfolgungsstatistiken im langfristigen Bundesländervergleich. *MschKrim* 88 (2005), 313–338.
- Exner, Franz, Mord und Todesstrafe in Sachsen 1855-1927. *MschKrim* 20 (1929), 1–17.
- Exum, M. Lyn/Bailey, Diana/Wright, Eric L., False positive and false negative rates in self-reported intentions to offend: A replication and extension. *Journal of Criminal Justice* 42 (2014), 1–9.
- Exum, M. Lyn/Bouffard, Jeffrey A., Testing Theories of Criminal Decision Making: Some Empirical Questions about Hypothetical Scenarios, in: Piquero, Alex R./Weisburd, David (Hrsg.), *Handbook of Quantitative Criminology*, New York 2010, S. 581–594.
- Exum, M. Lyn/Layana, M. Cristina, A test of the predictive validity of hypothetical intentions to offend. *Journal of Crime and Justice* 17 (2017), 1–19.
- Exum, M. Lyn/Turner, Michael G./Hartman, Jennifer L., Self-Reported Intentions to Offend, All Talk and No Action? *American Journal of Criminal Justice* 37 (2012), 523–543.
- Fahl, Christian, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe. Zugl.: Passau, Univ, Berlin, 1996 (zitiert: Regeltatbild).
- Fahl, Christian, Tötungsabsicht als Strafschärfungsgrund? – Anfragebeschluss des 2. Strafsenats des BGH; Antwortbeschluss des 5. Strafsenats, BGH, Beschl. v. 1. 6. 2016 – 2 StR 150/15. *JR* 2017 (7), 387–393.
- Fattah, Ezzat A., The rational choice/opportunity perspectives as a vehicle for integrating criminological and victimological theories, in: Clarke, Ronald V./Felson, Marcus (Hrsg.), *Routine Activity and Rational Choice*, New Brunswick, NJ 2004.
- Fawcett, Tom, An introduction to ROC analysis. *Pattern Recognition Letters* 27 (2006), 861–874.
- Federal Bureau of Investigation, Uniform Crime Reports, unter: <http://www.ucrdatatool.gov>.
- Feilhauer, Johanna/Cima, Maaïke/Benamins, Caroline/Muris, Peter, Knowing Right from Wrong, but Just Not Always Feeling it, Relations Among Callous-Unemotional Traits, Psychopathological Symptoms, and Cognitive and Affective Morality Judgments in 8- to 12-Year-Old Boys. *Child Psychiatry & Human Development* 44 (2013), 709–716.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1. Aufl., Gießen, 1801.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., Gießen, 1832.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von/Mittermaier, Carl Joseph Anton, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen, 14. Aufl., Gießen, 1847.
- Fishbein, Martin/Ajzen, Icek, Predicting and changing behavior: The reasoned action approach, New York, 2010.
- Forst, Brian E., Participation in Illegitimate Activities: Further Empirical Findings. *Policy Analysis* 2 (1976), 477–492.
- Fortune, Clare-Ann/Bourke, Patrice/Ward, Tony, Expertise and child sex offenders, in: Nee, Claire/Ward, Tony (Hrsg.), *Expertise and Offending*, Bd. 20 2015, S. 33–41.
- Foth, Eberhard, Strafschärfung/Strafmilderung - eine noch unerledigte Frage der Strafzumessung. *Juristische Rundschau* 1985 (397-399).
- Fragkaki, Iro/Cima, Maaïke/Meesters, Cor, The Association Between Callous-Unemotional Traits, Externalizing Problems, and Gender in Predicting Cognitive and Affective Morality Judgments in Adolescence. *Journal of youth and adolescence* 45 (2016), 1917–1930.

- Frank, Reinhard, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. *ZStW* 10 (1890), 169–228.
- Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Nebst dem Einführungsgesetz, 18. Aufl., Tübingen, 1931 (Nachdruck 1975 durch Keip) (zitiert: Strafgesetzbuch).
- Franqué, Fritjof von, HCR-20 - Historical-Clinical-Risk Management-20, Violence Risk Assessment Scheme, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 256–272.
- Freedman, David A., Statistical Models and Shoe Leather. *Sociological Methodology* 21 (1991), 291.
- Freund, Georg, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, 2009 (zitiert: AT).
- Frisch, Wolfgang, Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, Köln, 1983.
- Frisch, Wolfgang, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin . (Teil II). *ZStW* 99 (1987), 751–805.
- Frisch, Wolfgang, Über die Bewertungsrichtung von Strafzumessungstatsachen, Ein Beitrag zur Problematik komparativer Aussagen im Strafrecht. *GA* 1989, 338–375.
- Frisch, Wolfgang, Strafrechtliche Prognoseentscheidungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht, Von der Prognose zukünftigen Verhaltens zum normorientierten Umgang mit Risikosachverhalten, in: Frisch, Wolfgang/Vogt, Thomas (Hrsg.), Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis, Bd. 3, Baden-Baden 1994, S. 55–136.
- Frisch, Wolfgang, Strafkonzep, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, - Eine kritisch-konstruktive Würdigung -, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, FESTGABE AUS DER WISSENSCHAFT, Strafrecht, Strafprozeßrecht, Bd. 4, München 2000, S. 269–308 (zitiert: Frisch in: FG BGH).
- Frisch, Wolfgang, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: Grundfragen staatlichen Strafs, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 237–259 (zitiert: Frisch in: FS Müller-Dietz).
- Frisch, Wolfgang, Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung, in: Frisch, Wolfgang (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, Bd. 9, Tübingen 2011, S. 3–26.
- Frisch, Wolfgang, Zum Zweck der Strafandrohung, Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention, in: Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, Berlin 2014, S. 55–68 (zitiert: Frisch in: FS Schünemann).
- Frisch, Wolfgang, Strafrecht, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch. *GA* 2019, 185–204.
- Frister, Helmut, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 7. Auflage, 2015, München, 2015 (zitiert: AT).
- Frith, Chris D., Disorders of Conscious and Uncconscious Mental Processes, in: Kandel, Eric R./Schwartz, James H./Jessell, Thomas M. u. a. (Hrsg.), Principles of Neural Science, 5. Aufl., New York 2013, S. 1373–1401.
- Fuster, Joaquín M., The Neuroscience of Freedom and Creativity, Cambridge, UK, 2013.
- Fuster, Joaquín M., The Prefrontal Cortex, 5. Aufl., San Diego, CA, US, 2015.
- Gallas, Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. *ZStW* 67 (1955), 1–47.
- Gazzaniga, Michael S., Who's in charge?: Free Will and the Science of the Brain, New York,

2012.

Gazzaniga, Michael S./Ivry, Richard B./Mangun, George R., *Cognitive Neuroscience: The Biology of the Mind*, 4. Aufl., New York, 2014.

Gerritzen, Berit C./Kirchgässner, Gebhard, Facts or Ideology. What Determines the Results of Econometric Estimates of the Deterrence Effect of Death Penalty? A Meta-Analysis. *CESifo Working Paper*: 4159, Munich, 2013, unter: <http://www.cesifo-group.de> (abgerufen am 03.02.2016).

Gesamtes Strafrecht. StGB, StPO, Nebengesetze; Handkommentar, hrsg. v. Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/Rössner, Dieter, 3. Aufl., Baden-Baden, München, 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in: HK-GS, 3. Aufl.).

Giannoulis, Georgios, Studien zur Strafzumessung. Ein Beitrag zur Dogmatik, Rechtstheorie und Rechtsinformatik mit Vertiefung in den Eigentums- und Vermögensdelikten. Zugl.: Diss., Univ. Frankfurt am Main, 2012, Tübingen, 2014 (zitiert: Studien).

Gibbs, Jack P., Crime, Punishment, and Deterrence. *The Southwestern Social Science Quarterly* 48 (1968), 515–530.

Gibbs, Jack P., *Crime, Punishment, and Deterrence*, New York, 1975.

Global Institute of Forensic Research, LS/CMI On Demand Training, unter: <http://www.gifrinc.com> (abgerufen am 29.05.2019).

Global Institute of Forensic Research, LSI-R On Demand Training, unter: <http://www.gifrinc.com> (abgerufen am 29.05.2019).

Global Institute of Forensic Research, STABLE-2007 & ACUTE-2007 Live Webinar Training, unter: <https://www.gifrinc.com>.

Gollwitzer, Peter M./Sheeran, Paschal, Implementation Intentions and Goal Achievement: A Meta-analysis of Effects and Processes, in: Zanna, Mark P. (Hrsg.), *Advances in Experimental Social Psychology*, Burlington 2011, S. 69–119.

Goodwin, C. James, *Research in Psychology: Methods and Design*, Singapore, 2014.

Goodwin, C. James/Goodwin, Kerri A., *Research in psychology: Methods and design*, 8. Aufl., Hoboken, NJ, 2017.

Grasmick, Harold G./Bryjak, George J., The Deterrent Effect of Perceived Severity of Punishment. *Social Forces* 59 (1980), 471–491.

Gray, Louis N./Martin, J. David, Punishment and Deterrence: Another Analysis of Gibb's Data. *Social Science Quarterly* 50 (1969), 389–395.

Great Britain, Report of the Capital Punishment Commission: Together with the Minutes of Evidence and Appendix : Presented to both Houses of Parliament by Command of Her Majesty, London, 1866.

Greco, Luís, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion. Zugl.: Diss., Univ. München, 2008, Berlin, 2009.

Greco, Luís, Die literarische Auseinandersetzung mit dem Feindstrafrecht. [zugl.: Greco, Feindstrafrecht, Baden-Baden, 2010, S. 31–48]. *Journal of New Perspectives on Law (Taiwan)* 2010 (22), 61–72.

Green, Donald E., Measures of Illegal Behavior in Individual-Level Deterrence Research. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 26 (1989), 253–275.

Gretenkord, Lutz, EFP-63 - Empirisch fundierte Prognosestellung im Maßregelvollzug gemäß §63 StGB, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*, Göttingen 2013, S. 220–232.

Grolman, Karl Ludwig Wilhelm von, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 3. Aufl., Gießen, 1818.

- Gropp, Walter, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, 2015 (zitiert: AT).
- Grünewald, Anette, Das vorsätzliche Tötungsdelikt. Zugl.: Habil.-Schr., Univ. Hamburg, 2009, Tübingen, 2010.
- Günther, Hans-Ludwig, Systematische Grundlagen der Strafzumessung — Eine Bestandsaufnahme. *JZ* 44 (1989), 1025–1030.
- Habermann, Niels C./Franqué, Fritjof von, SVR-20-Sexual Violence Risk-20, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 273–288.
- Haerle, Darin R., Dosage Matters, Impact of a Violent Offender Treatment Program on Juvenile Recidivism. *Youth Violence and Juvenile Justice* 14 (2014), 1–23.
- Haft, Fritjof, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester, 9. Aufl., München, 2004 (zitiert: AT).
- Hanson, R. Karl/Bourgon, Guy/Helmus, Leslie-Maaike/Hodgson, Shannon, The Principles of Effective Correctional Treatment Also Apply To Sexual Offenders. *Criminal Justice and Behavior* 36 (2009), 865–891.
- Hanson, R. Karl/Harris, Andrew J. R./Scott, Terri-Lynne/Helmus, Leslie-Maaike, Assessing the Risk of Sexual Offenders on Community Supervision: The Dynamic Supervision Project, Canada, 2007.
- Hanson, R. Karl/Helmus, Leslie-Maaike/Harris, Andrew J. R., Assessing the Risk and Needs of Supervised Sexual Offenders, A Prospective Study Using STABLE-2007, Static-99R, and Static-2002R. *Criminal Justice and Behavior* 42 (2015), 1205–1224.
- Hanson, R. Karl/Morton-Bourgon, Kelly E., The Accuracy of Recidivism Risk Assessments for Sexual Offenders: A Meta-Analysis of 118 Prediction Studies. *Psychological Assessment* 21 (2009), 1–21.
- Hare, Robert D., PCL-R™: 2nd Ed., Hare Psychopathy Checklist-Revised: 2nd Edition, unter: <https://www.mhs.com> (abgerufen am 29.05.2019).
- Harris, Andrew/Phenix, Amy/Hanson, R. Karl/Thornton, David, Static-99 Coding Rules. Revised - 2003, unter: <http://www.static99.org>.
- Hart, Stephen D./Cox, David N./Hare, Robert D., PCL:SV, Hare Psychopathy Checklist: Screening Version, unter: <https://www.mhs.com> (abgerufen am 29.05.2019).
- Harwardt, Franziska/Schneider-Njepel, Vera, LSI-R - Level of Service Inventory-Revised, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 243–255.
- Hasisi, Badi/Carmel, Tomer/Weisburd, David/Wolfowicz, Michael, Crime and Terror, Examining Criminal Risk Factors for Terrorist Recidivism. *Journal of Quantitative Criminology* 126 (2019), 1520.
- Hassemer, Winfried, Generalprävention und Strafzumessung, in: Hassemer, Winfried/Lüderssen, Klaus/Naucke, Wolfgang (Hrsg.), Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt am Main 1979, S. 29–53.
- Hassemer, Winfried, Prävention im Strafrecht. *JuS* 27 (1987), 257–266.
- Hassemer, Winfried, Variationen der positiven Generalprävention, in: Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils (Hrsg.), Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog ; Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 29–50.
- Hefendehl, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln, 2002.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts. oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Berlin, 1833 (zitiert: Grundlinien).
- Heinrich, Bernd, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stuttgart, 2014 (zitiert: AT).

- Heinrich, Bernd, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stuttgart, 2016 (zitiert: AT).
- Herbst, K./Hanel, E./Haderstorfer, B., Rückfallgeschehen bei stationär behandelten Drogenabhängigen, in: Watzl, Hans (Hrsg.), Rückfall und Rückfallprophylaxe, 17 Tabellen, Berlin 1989.
- Herzberg, Rolf/Dietrich, Gedanken zur finalen Handlungslehre. *RECPC 10-01* (2008), 1–31.
- Hewstone, Miles, Attribution Theory and Common-sense Explanations, An Introductory Overview, in: Hewstone, Miles (Hrsg.), Attribution Theory, Social and Functional Extensions, Oxford, UK 1983, S. 1–26.
- Hilbe, Joseph M., Modeling Count Data, Cambridge, UK, 2014.
- Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 2. Aufl., München, 2015 (zitiert: AT).
- Hirsch, Andreas von, Deserved Criminal Sentences: An Overview, Oxford, Portland, Oregon, 2017.
- Hirschi, Travis, On the compatibility of rational choice and social control theories of crime, in: Cornish, Derek B./Clarke, Ronald V. (Hrsg.), The Reasoning Criminal, Rational Choice Perspectives on Offending, With a new introduction by Ronald V. Clarke, New Brunswick, London 2014, S. 105–118.
- Höfer, Sven, Zur Kongruenz von Recht und Praxis der Strafzumessung. *MschKrim* 88 (2005), 127–134.
- Höffler, Katrin, Tätertypen im Strafrecht und in der Kriminologie. *ZStW* 127 (2016), 1018–1058.
- Hörnle, Tatjana, Tatproportionale Strafzumessung. Zugl.: Diss., Univ. München, 1998, Berlin, 1999.
- Hörnle, Tatjana, Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität, in: Frisch, Wolfgang/von Hirsch, Andrew/Albrecht, Hans-Jörg (Hrsg.), Tatproportionalität, Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Buchenbach-Symposium 1999, Heidelberg 2003, S. 99–128.
- Hörnle, Tatjana, Buchbesprechung zu Brigitte Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. *GA* 2008, 274–276.
- Hörnle, Tatjana, Claus Roxins straftheoretischer Ansatz, in: Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für CLAUS ROXIN zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Berlin, New York 2011, S. 3–21 (zitiert: Hörnle in: FS Roxin).
- Hörnle, Tatjana, Straftheorien, Tübingen, 2011.
- Hörnle, Tatjana, Strafzumessungsrelevante Umstände der Tat, in: Frisch, Wolfgang (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, Bd. 9, Tübingen 2011, S. 113–124.
- Hörnle, Tatjana, § 12 Straftheorien, in: Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Heidelberg 2019.
- Hosmer, David W./Lemeshow, Stanley/May, Susanne, Applied Survival Analysis: Regression Modeling of Time-to-Event Data, 2. Aufl., Hoboken, New Jersey, 2008.
- Jackson, Jonathan/Bradford, Ben/Hough, Mike/Myhill, Andy/Quinton, Paul/Tyler, Tom R., Why do People Comply with the Law?, Legitimacy and the Influence of Legal Institutions. *British Journal of Criminology* 52 (2012), 1051–1071.
- Jakobs, Günther, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin, 1991 (zitiert: AT).
- Jakobs, Günther, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin, New York, 1993 (zitiert: AT).
- Jakobs, Günther, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“

- Prinzipiendenken. *ZStW* 107 (1995), 843–876.
- Jakobs, Günther*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar), in: *Eser, Albin* (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick ; Dokumentation einer Tagung vom 3. - 6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, München 2000, S. 47–56.
- Jakobs, Günther*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. *HRRS* 2004 (3), 88–102.
- Jakobs, Günther*, Dolus malus, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, S. 107–122 (zitiert: *Jakobs* in: FS Rudolphi).
- Jakobs, Günther*, Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit. *HRRS* 2006 (289–297).
- Jakobs, Günther*, Terroristen als Personen im Recht? *ZStW* 117 (2006), 839–851.
- Jakobs, Günther*, Buchbesprechung zu Grünewald, Anette: Das vorsätzliche Tötungsdelikt. Tübingen: Mohr Siebeck 2010. IX, 432 S. *ZStW* 123 (2011), 313–322.
- Jehle, Jörg-Martin/Albrecht, Hans-Jörg/Hohmann-Fricke, Sabine/Tetal, Carina*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2004 bis 2007, Berlin, 2010.
- Jehle, Jörg-Martin/Albrecht, Hans-Jörg/Hohmann-Fricke, Sabine/Tetal, Carina*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 bis 2010, Mönchengladbach, 2013.
- Jehle, Jörg-Martin/Albrecht, Hans-Jörg/Hohmann-Fricke, Sabine/Tetal, Carina*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013, Mönchengladbach, 2016.
- Jehle, Jörg-Martin/Heinz, Wolfgang/Sutterer, Peter*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine kommentierte Rückfallstatistik, Berlin, 2003.
- Jensen, Gary F./Erickson, Maynard L./Gibbs, Jack P.*, Perceived Risk of Punishment and Self-Reported Delinquency. *Social Forces* 57 (1978), 57–78.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin, 1996 (zitiert: AT).
- Joecks, Wolfgang*, Strafgesetzbuch. Studienkommentar, 11. Aufl., München, 2014 (zitiert: *Joecks*, StGB).
- Jonson, Cheryl Lero*, The Impact of Imprisonment on Reoffending. A Meta-Analysis. Dissertation. University of Cincinnati, Ohio, USA, 2010.
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*, Prospect Theory, An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica* 47 (1979), 263.
- Kaiser, Günther*, Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg, 1996.
- Kamerdze, Amy Sariti/Loughran, Tom/Paternoster, Ray/Sohoni, Tracy*, The Role of Affect in Intended Rule Breaking, Extending the Rational Choice Perspective. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 51 (2014), 620–654.
- Kandel, Eric R.*, From Nerve Cells to Cognition: The Internal Representation of Space and Action, in: *Kandel, Eric R./Schwartz, James H./Jessell, Thomas M. u. a.* (Hrsg.), Principles of Neural Science, 5. Aufl., New York 2013, S. 370–391.
- Kane, Robert*, Can a Traditional Libertarian or Incompatibilist Free Will Be Reconciled with Modern Science?, Steps Toward a Positive Answer, in: *Suarez, Antoine/Adams, Peter* (Hrsg.), Is Science Compatible with Free Will?, Exploring Free Will and Consciousness in the Light of Quantum Physics and Neuroscience, New York 2013, S. 255–272.
- Kant, Immanuel*, Die Metaphysik der Sitten. Zweiter Teil: Metaphysische Anfangsgründe der

- Tugendlehre, 2. Aufl., Friedrich Nicolovius, 1803.
- Kargl, Walter, Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht. Schlußfolgerungen aus dem Milgram-Experiment, Heidelberg, 1995.
- Kaspar, Johannes, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Eine Einführung, Baden-Baden, Stuttgart, 2015 (zitiert: AT).
- Keizer, Kees/Lindenberg, Siegwart/Steg, Linda, The spreading of disorder. *Science* 322 (2008), 1681–1685.
- Kelker, Brigitte, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. Zugl.: Habil.-Schr., Univ. Tübingen, 2005, Frankfurt am Main, 2007.
- Kelling, George L./Pate, Tony/Dieckman, Duane/Brown, Charles E., The Kansas City Preventive Patrol Experiment: A Summary Report, Washington D.C., 1974.
- Kelling, George L./Wilson, James Q., Broken windows, The police and neighborhood safety. *The Atlantic* 1982 (March).
- Kett-Straub, Gabriele, Praxiskommentar zu BGH, Urt. v. 10.1.2018 – 2 StR 150/15. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 38 (2018), 535–537.
- Killias, Martin/Kuhn, André/Aebi, Marcelo F., Grundriss der Kriminologie. Eine europäische Perspektive, 2. Aufl., Bern, 2011.
- Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., Baden-Baden, 2015 (zitiert: Kindhäuser, StGB).
- Klein, Verena/Rettenberger, Martin, SAVRY - Structured Assessment of Violence Risk in Youth, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 66–80.
- Kleinbaum, David G., Survival Analysis: A Self-Learning Text, New York, 1996.
- Klepper, Steven/Nagin, Daniel S., The Deterrent Effect of Perceived Certainty and Severity of Punishment Revisited. *Criminology* 27 (1989), 721–746.
- Koch, Johann Christoph, Anfangsgründe des peinlichen Rechts, Jena, Leipzig, 1790 (zitiert: Anfangsgründe).
- Krey, Volker/Esser, Robert, Deutsches Strafrecht: Allgemeiner Teil. Studienbuch in systematischer-induktiver Darstellung, 6. Aufl., Stuttgart, 2016 (zitiert: AT).
- Kroher, Martina/Wolbring, Tobias, Social control, social learning, and cheating: Evidence from lab and online experiments on dishonesty. *Social Science Research* 53 (2015), 311–324.
- Kroneberg, Clemens/Heintze, Isolde/Mehlkop, Guido, The Interplay of Moral Norms and Instrumental Incentives in Crime Causation. *Criminology* 48 (2010), 259–294.
- Kroner, Daryl G./Takahashi, Masaru, Every session counts, The differential impact of previous programmes and current programme dosage on offender recidivism. *Legal and Criminological Psychology* 17 (2012), 136–150.
- Krug, Wilhelm Traugott, Krug's encyklopädisch-philosophisches Lexikon. Allgemeines Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften: nebst ihrer Literatur und Geschichte. 4. Band: St bis Tz, 2. Aufl., Leipzig, 1834 (zitiert: Handwörterbuch).
- Kühl, Kristian, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München, 2012 (zitiert: AT).
- Kunz, Karl-Ludwig, Kriminologie. Eine Grundlegung, Bern, 1994.
- Kunz, Karl-Ludwig, Kriminologie, 6. Aufl., Bern, 2011.
- Kunz, Karl-Ludwig, Vorleben und Nachtatverhalten als Strafzumessungstatsache, in: Frisch, Wolfgang (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, Bd. 9, Tübingen 2011, S. 135–150.
- Kunz, Karl-Ludwig/Singelstein, Tobias, Kriminologie. Eine Grundlegung, 7. Aufl., 2016.

- Küper, Wilfried, Vorsatz und Risiko, Zur Monographie von Wolfgang Frisch. *GA* 1987, 479–509.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch. Kommentar, bearb. v. Kühl, Kristian/Heger, Martin, 28. Aufl., München, 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in: Lackner/Kühl, StGB).
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch. Kommentar, bearb. v. Kühl, Kristian/Heger, Martin, 29. Aufl., München, 2018 (zitiert: *Bearbeiter* in: Lackner/Kühl, StGB).
- Lagnado, David A./Channon, Shelley, Judgments of cause and blame: the effects of intentionality and foreseeability. *Cognition* 108 (2008), 754–770.
- Lalljee, Mansur/Abelson, Robert P., The Organisation of Explanations, in: Hewstone, Miles (Hrsg.), *Attribution Theory, Social and Functional Extensions*, Oxford, UK 1983, S. 65–80.
- Laubenthal, Klaus, *Strafvollzug*, 7. Aufl., Berlin, 2015.
- Laurent, Sean M./Nuñez, Narina L./Schweitzer, Kimberly A., The influence of desire and knowledge on perception of each other and related mental states, and different mechanisms for blame. *Journal of Experimental Social Psychology* 60 (2015), 27–38.
- Laurin, Kristin, Interpersonal influences on goals, Current and future directions for goal contagion research. *Social and Personality Psychology Compass* 10 (2016), 668–678.
- LeDoux, Joseph E./Damasio, Antonio R., Emotions and Feelings, in: Kandel, Eric R./Schwartz, James H./Jessell, Thomas M. u. a. (Hrsg.), *Principles of Neural Science*, 5. Aufl., New York 2013, S. 1079–1094.
- Leipziger Kommentar: Das Reichs-Strafgesetzbuch. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, hrsg. v. Ebermayer, Ludwig/Eichelbaum, Julius/Lobe, Adolf/Rosenberg, Werner, 1. Aufl., Berlin, Leipzig, 1920 (zitiert: *Bearbeiter* in: LK-StGB, 1. Aufl.).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Einleitung; §§ 1–31, hrsg. v. Jescheck, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willms, Günther, 10. Aufl., Bd. 1: Berlin, New York, 1985 (zitiert: *Bearbeiter* in: LK-StGB, 10. Aufl.).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Einleitung; §§ 1–31, hrsg. v. Jähnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Odersky, Walter, 11. Aufl., Bd. 1: Berlin, 2003 (zitiert: *Bearbeiter* in: LK-StGB, 11. Aufl.).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Einleitung; §§ 1 bis 31, hrsg. v. Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus, 12. Aufl., Bd. 1: Berlin, 2007 (zitiert: *Bearbeiter* in: LK-StGB, 12. Aufl.).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 32–55, hrsg. v. Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus, 12. Aufl., Bd. 2: Berlin, New York, 2006 (zitiert: *Bearbeiter* in: LK-StGB, 12. Aufl.).
- Leite, Walter, *Practical Propensity Score Methods Using R*, Los Angeles, 2017.
- Levine, Gustav/Parkinson, Stanley, *Experimental Methods in Psychology*, London, 2014.
- Libet, Benjamin, Do We Have Free Will?, in: Sinnott-Armstrong, Walter/Nadel, Lynn (Hrsg.), *Conscious Will and Responsibility, A Tribute to Benjamin Libet*, Oxford, New York 2011, S. 1–10.
- Lindenberg, Siegwart, Social Rationality, Semi-Modularity and Goal-Framing, What Is It All About? *Analyse & Kritik: Journal of Philosophy and Social Theory* 30 (2008), 675–687.
- Lipsey, Mark W., Can Intervention Rehabilitate Serious Delinquents? *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 564 (1999), 142–166.
- Lipsey, Mark W., The Primary Factors that Characterize Effective Interventions with Juvenile Offenders, A Meta-Analytic Overview. *Victims & Offenders* 4 (2009), 124–147.
- Lipsey, Mark W./Cullen, Francis T., The Effectiveness of Correctional Rehabilitation: A Review of Systematic Reviews. *Annual Review of Law and Social Science* 3 (2007), 297–320.

- Liszt, Franz von*, Das deutsche Reichsstrafrecht. Auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts systematisch dargestellt, Berlin, Leipzig, 1881.
- Liszt, Franz von*, Der Zweckgedanke im Strafrecht. *ZStW* 3 (1883), 1–47.
- Liszt, Franz von*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl., Berlin, Leipzig, 1888.
- Liszt, Franz von*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 4. Aufl., Berlin, 1891.
- Liszt, Franz von*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 6. Aufl., Berlin, Leipzig, 1894.
- Liszt, Franz von*, Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 10.12.1898, Dresden, 1898.
- Liszt, Franz von*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. Aufl., Berlin, 1900.
- Liszt, Franz von*, Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2: 1892 bis 1904, Berlin 1970, S. 284–298.
- Lösel, Friedrich*, Offender treatment and rehabilitation, What works?, in: *Maguire, Mike/Morgan, Rodney/Reiner, Robert* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 5. Aufl., Oxford, UK 2012, S. 986–1016.
- Lösel, Friedrich*, Evaluation der Straftäterbehandlung, in: *Bliesener, Thomas/Lösel, Friedrich/Köhnken, Günter* (Hrsg.), *Lehrbuch der Rechtspsychologie*, Bern 2014, S. 529–547.
- Loughran, Thomas A./Paternoster, Raymond/Weiss, Douglas B.*, Deterrence, in: *Piquero, Alex R.* (Hrsg.), *The Handbook of Criminological Theory*, Chichester, West Sussex 2016, S. 50–74.
- MacFarlane, I./Veach, P.M.C./LeRoy, B.*, Genetic Counseling Research: A Practical Guide, 2014.
- Maio, Gregory R./Haddock, Geoffrey*, *The Psychology of Attitudes and Attitude Change*, 2. Aufl., Los Angeles, 2015.
- Makarios, Matthew/Sperber, Kimberly Gentry/Latessa, Edward J.*, Treatment Dosage and the Risk Principle, A Refinement and Extension. *Journal of Offender Rehabilitation* 53 (2014), 334–350.
- Males, Mike*, Striking Out: California's Three Strikes And You're Out Law Has Not Reduced Violent Crime. A 2011 Update, San Francisco, CA, 2011, unter: <http://www.cjcj.org> (abgerufen am 01.03.2016).
- Mallon, Ron/Nichols, Shaun*, Rules, in: *Doris, John Michael* (Hrsg.), *The Moral Psychology Handbook*, Oxford, UK, New York 2010, S. 297–320.
- Markaki, Maria/Tsamardinos, Ioannis/Langhammer, Arnulf/Lagani, Vincenzo/Hveem, Kristian/Røe, Oluf Dimitri*, A Validated Clinical Risk Prediction Model for Lung Cancer in Smokers of All Ages and Exposure Types, A HUNT Study. *EBioMedicine* 31 (2018), 36–46.
- Martinez, Ricardo/Flores, Jacqueline/Rosenfeld, Barry*, Validity of the Juvenile Sex Offender Assessment Protocol—II (J-Soap-II) in a Sample of Urban Minority Youth. *Criminal Justice and Behavior* 34 (2016), 1284–1295.
- Martinson, Robert*, What Works?, –Questions and Answers About Prison Reform. *The Public interest* 1974 (35), 22–54.
- Martinson, Robert*, New Findings, New Views, A Note of Caution Regarding Sentencing Reform. *Hofstra Law Review* 7 (1979), 243–258.
- Marvell, Thomas B./Moody, Carlisle E.*, The Lethal Effects of Three-Strikes Laws. *The Journal of Legal Studies* 30 (2001), 89–106.
- Matthes, Anna*, YLS/CMI - Youth Level of Service/Case Management Inventory, in: *Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von* (Hrsg.), *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*, Göttingen 2013, S. 55–65.

- Matthes, Anna/Eher, Reinhard, Der Acute-2007 zur Erfassung des akut-dynamischen Risikos bei Sexualstraftätern, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 212–219.
- Matthes, Anna/Eher, Reinhard, Der Stable-2007 zur Erfassung des stabil-dynamischen Risikos bei Sexualstraftätern, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 202–211.
- Maurach, Reinhart, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, bearb. v. Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz/Dölling, Dieter u. a., 8. Aufl., Heidelberg, Hamburg, 2014 (zitiert: Bearbeiter in: Maurach, AT 2).
- Mayer, Hellmuth, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart, Köln, 1953 (zitiert: AT).
- Mayer, Hellmuth, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart, 1967 (zitiert: AT).
- Mayer, Max Ernst, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg, 1923 (zitiert: AT).
- McEachan, Rosemary Robin Charlotte/Conner, Mark/Taylor, Natalie Jayne/Lawton, Rebecca Jane, Prospective prediction of health-related behaviours with the Theory of Planned Behaviour, A meta-analysis. *Health Psychology Review* 5 (2011), 97–144.
- Meade, Benjamin/Steiner, Benjamin/Makarios, Matthew/Travis, Lawrence, Estimating a Dose–Response Relationship Between Time Served in Prison and Recidivism. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 50 (2013), 525–550.
- Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, 2009.
- Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., Heidelberg, 2015.
- Merkel, Adolf, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart, 1889.
- Mitchell, Ojmarrh/Cochran, Joshua C./Mears, Daniel P./Bales, William D., The effectiveness of prison for reducing drug offender recidivism, A regression discontinuity analysis. *Journal of Experimental Criminology* 13 (2017), 1–27.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton, Ueber den neuesten Stand der Ansichten in England, Nordamerika, Frankreich, Italien und Deutschland, betreffend die Aufhebung der Todesstrafe. [Teil II]. *ArchCrimR NF* 15 (1834), 195–227.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton, Die Todesstrafe nach dem neuesten Stand der Ansichten in England, Nordamerika, Frankreich, Belgien, Dänemark, Schweden, Rußland, Italien und Deutschland über die Aufhebung dieser Strafart. [§ I-II]. *ArchCrimR NF* 21 (1840), 442–463.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton, Die Todesstrafe nach dem neuesten Stand der Ansichten in England, Nordamerika, Frankreich, Belgien, Dänemark, Schweden, Rußland, Italien und Deutschland über die Aufhebung dieser Strafart. [§ III]. *ArchCrimR NF* 21 (1840), 563–610.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton, Die Todesstrafe nach dem neuesten Stand der Ansichten in England, Nordamerika, Frankreich, Belgien, Dänemark, Schweden, Rußland, Italien und Deutschland über die Aufhebung dieser Strafart. [§ IV]. *ArchCrimR NF* 22 (1841), 1–23.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton, Die Todesstrafe nach dem neuesten Stand der Ansichten in England, Nordamerika, Frankreich, Belgien, Dänemark, Schweden, Rußland, Italien und Deutschland über die Aufhebung dieser Strafart. [§ V-VI]. *ArchCrimR NF* 22 (1841), 311–348.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton, Die Todesstrafe nach den Ergebnissen der wissenschaftlichen Forschungen, der Fortschritte der Gesetzgebung und der Erfahrungen, Heidelberg, 1862 (zitiert: Todesstrafe).
- Mokros, Andreas, PCL-R/PCL:SV - Psychopathy Checklist-Revised/Psychopathy Checklist: Screening Version, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch

- kriminallprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 83–107.
- Moore, David S./McCabe, George P./Craig, Bruce A., *Introduction to the Practice of Statistics*, 7. Aufl., New York, 2012.
- Morgan, Stephen L./Winship, Christopher, *Counterfactuals and Causal Inference: Methods and Principles for Social Research*, 2. Aufl., New York, 2015.
- Moscovici, Serge/Hewstone, Miles, *Social Representations and Social Explanations, From the 'Naive' to the 'Amateur' Scientist*, in: Hewstone, Miles (Hrsg.), *Attribution Theory, Social and Functional Extensions*, Oxford, UK 1983, S. 98–125.
- Mösl, Albert, *Zum Strafzumessungsrecht. NSTZ 4* (1984), 158–162.
- Mühl, Jeldrik, *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen - absurde Utopie oder logische Konsequenz? Die Laufzeitleistungsstrafe als alternative Sanktion. Zugl.: Diss., Univ. Bochum, 2014/15, Tübingen, 2015.*
- Mulder, Laetitia B., *When sanctions convey moral norms. European Journal of Law and Economics* 2016, 1–12.
- Mulder, Laetitia B./Verboon, Peter/Cremer, David de, *Sanctions and moral judgments, The moderating effect of sanction severity and trust in authorities. European Journal of Social Psychology* 39 (2009), 255–269.
- Müller, Hans E., *Zum Strafzumessungsrecht. NSTZ 5* (1985), 158–162.
- Müller-Dietz, Heinz, *Integrationsprävention und Strafrecht, Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, in: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin 1985, S. 813–827 (zitiert: Müller-Dietz in: FS Jescheck).
- Multi-Health Systems Inc., *LS/CMI Manual*, 2012, unter: <http://www.doc.state.mn.us> (abgerufen am 13.01.2017).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 1-37 StGB, hrsg. v. Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus, 2. Aufl., Bd. 1: München, 2011 (zitiert: Bearbeiter in: MK-StGB, 2. Aufl.).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 38-79b, hrsg. v. Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus, 3. Aufl., Bd. 2: München, 2016 (zitiert: Bearbeiter in: MK-StGB, 3. Aufl.).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 1-37, hrsg. v. Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus, 3. Aufl., Bd. 1: München, 2017 (zitiert: Bearbeiter in: MK-StGB, 3. Aufl.).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 185-262, hrsg. v. Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus, 3. Aufl., Bd. 4: München, 2017 (zitiert: Bearbeiter in: MK-StGB, 3. Aufl.).
- Nadler, Janice, *Flouting the law. Texas Law Review* 83 (2005), 1399-1441.
- Nagin, Daniel S., *General Deterrence: A Review of the Empirical Evidence*, in: *Panel on Research on Deterrent and Incapacitation Effects/Blumstein, Alfred/Cohen, Jacqueline u. a. (Hrsg.), Deterrence and Incapacitation, Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, Washington D.C. 1978, S. 95–139.
- Nagin, Daniel S., *Deterrence and Incapacitation*, in: *Tonry, Michael (Hrsg.), The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford 2000, S. 345–368.
- Nagin, Daniel S., *Deterrence and the Death Penalty, Why the Statistics Should Be Ignored. Significance* 11 (2014), 9–13.
- Nagin, Daniel S./Paternoster, Raymond, *Enduring Individual Differences and Rational Choice Theories of Crime. Law & Society Review* 27 (1993), 467–496.
- Nagin, Daniel S./Pogarsky, Greg, *Integrating Celerity, Impulsivity, and Extralegal Sanction Threats into a Model of General Deterrence, Theory and Evidence. Criminology* 39 (2001), 865–892.
- National Research Council, *REPORT OF THE PANEL*, in: *Panel on Research on Deterrent and Incapacitation Effects/Blumstein, Alfred/Cohen, Jacqueline u. a. (Hrsg.), Deterrence and*

- Incapacitation, Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates, Washington D.C. 1978, S. 1–90.
- Nee, Claire, Understanding expertise in burglars, From pre-conscious scanning to action and beyond, in: Nee, Claire/Ward, Tony (Hrsg.), Expertise and Offending, Bd. 20 2015, S. 53–61.
- Nee, Claire/Ward, Tony, Review of expertise and its general implications for correctional psychology and criminology, in: Nee, Claire/Ward, Tony (Hrsg.), Expertise and Offending, Bd. 20 2015, S. 1–9.
- Neubacher, Frank, Kriminologie, 3. Aufl., Baden-Baden, 2017.
- Newburn, Tim, Criminology, London, New York, 2017.
- Newell, Ben R., Decision making under risk: Beyond Kahneman and Tversky's (1979) prospect theory, in: Eysenck, Michael W./Groome, David (Hrsg.), Cognitive Psychology, Revisiting the Classic Studies, London 2015, S. 162–178.
- Nieuwebeerta, Paul/Nagin, Daniel S./Blokland, Arjan A. J., Assessing the Impact of First-Time Imprisonment on Offenders' Subsequent Criminal Career Development: A Matched Samples Comparison. *Journal of Quantitative Criminology* 25 (2009), 227–257.
- NomosKommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 1–145d, hrsg. v. Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, 3. Aufl., Bd. 1: Baden-Baden, 2010 (zitiert: Bearbeiter in: NK-StGB, 3. Aufl.).
- NomosKommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 1–79b, hrsg. v. Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, 5. Aufl., Bd. 1: Baden-Baden, 2017 (zitiert: Bearbeiter in: NK-StGB, 5. Aufl.).
- NomosKommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 1–79b, hrsg. v. Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich/Albrecht, Hans-Jörg, 4. Aufl., Bd. 1: Baden-Baden, 2013 (zitiert: Bearbeiter in: NK-StGB, 4. Aufl.).
- Ó Ciardha, Caoilte, Experts in rape, Evaluating the evidence for a novice-to-expert continuum in the offense behavior and cognition of sexual offenders, in: Nee, Claire/Ward, Tony (Hrsg.), Expertise and Offending, Bd. 20 2015, S. 26–32.
- Olson, Carl R./Colby, Carol L., The Organization of Cognition, in: Kandel, Eric R./Schwartz, James H./Jessell, Thomas M. u. a. (Hrsg.), Principles of Neural Science, 5. Aufl., New York 2013, S. 392–411.
- Olver, Mark E./Wong, Stephen C. P., Treatment Programs for High Risk Sexual Offenders: Program and Offender Characteristics, Attrition, Treatment Change and Recidivism. *Aggression and Violent Behavior* 18 (2013), 579–591.
- Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin, 2004.
- Palmer, Ted, Re-emergence of Correctional Intervention, California, 1992.
- Paternoster, Raymond, The Deterrent Effect of The Perceived Certainty and Severity of Punishment, A review of the evidence and issues. *Justice Quarterly* 4 (1987), 173–217.
- Paternoster, Raymond/Saltzman, Linda E./Waldo, Gordon P./Chiricos, Theodore G., Estimating Perceptual Stability and Deterrent Effects: The Role of Perceived Legal Punishment in the Inhibition of Criminal Involvement. *The Journal of Criminal Law and Criminology* 74 (1983), 270–297.
- Paternoster, Raymond/Saltzman, Linda E./Waldo, Gordon P./Chiricos, Theodore G., Perceived Risk and Social Control: Do Sanctions Really Deter? *Law & Society Review* 17 (1983), 457–479.
- Pawlik, Michael, Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, S. 213–230 (zitiert: Pawlik in: FS Rudolphi).

- Pawlik, Michael, Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke, in: Schumann, Eva (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 15. Symposium der Kommission: »Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart«, Bd. 9, Berlin, New York 2010, S. 59–93.
- Pickett, Justin T./Roche, Sean Patrick/Pogarsky, Greg, Toward a bifurcated theory of emotional deterrence. *Criminology* 50 (2017).
- Piquero, Alex R./Tibbetts, Stephen, Specifying the direct and indirect effects of low self-control and situational factors in offenders' decision making, Toward a more complete model of rational offending. *Justice Quarterly* 13 (1996), 481–510.
- Piquero, Nicole Leeper/Tibbetts, Stephen G./Blankenship, Michael B., Examining the role of differential association and techniques of neutralization in explaining corporate crime. *Deviant Behavior* 26 (2005), 159–188.
- Pogarsky, Greg, Projected offending and contemporaneous rule-violation, Implications for heterotypic continuity. *Criminology* 42 (2004), 111–136.
- Pratt, Travis C./Cullen, Francis T./Sellers, Christine S./Thomas Winfree, L./Madensen, Tamara D./Daigle, Leah E./Fearn, Noelle E./Gau, Jacinta M., The empirical status of social learning theory, A meta-analysis. *Justice Quarterly* 27 (2010), 765–802.
- Prentky, Robert/Righthand, Sue, Juvenile Sex Offender Assessment Protocol-II (JSOAP-II). Manual. NCJ 202316, Washington, D.C., 2003, unter: <https://www.ncjrs.gov> (abgerufen am 07.03.2019).
- Prinz, Jesse J./Nichols, Shaun, Moral Emotions, in: Doris, John Michael (Hrsg.), The Moral Psychology Handbook, Oxford, UK, New York 2010, S. 111–146.
- Puppe, Ingeborg, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 103 (1991), 1–42.
- Puppe, Ingeborg, Vorsatz und Zurechnung, Heidelberg, 1992.
- Puppe, Ingeborg, Begriffskonzeptionen des dolus eventualis. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2006, 65–79.
- Puppe, Ingeborg, Kleine Schule des juristischen Denkens, Göttingen, 2008.
- Puppe, Ingeborg, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Auflage, Baden-Baden, 2016 (zitiert: AT).
- Quensel, Stephan, Rezension zu: Hans Göppinger, Michael Bock (Hrsg.): Kriminologie. Verlag C.H. Beck (München). 6. Auflage, 2008, 2008, unter: <https://www.socialnet.de> (abgerufen am 28.05.2019).
- Quenzer, Carolin, ERASOR - Estimate of Risk of Adolescent Sexual Offense Recidivism, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 47–54.
- Quenzer, Carolin, Juvenile Sex Offender Assessment Protocol-II, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 39–46.
- Randolph, Justus J./Edmondson, R. Shawn, Using the Binomial Effect Size Display (BESD) to Present the Magnitude of Effect Sizes to the Evaluation Audience. *Practical Assessment, Research & Evaluation* 2005 (10), 1–7.
- Rehder, Ulrich/Suhling, Stefan, RRS - Rückfallrisiko bei Sexualstraftätern, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 175–188.
- Reiss, Julian, Causation, Evidence, and Inference, New York, 2015.
- Rengier, Rudolf, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München, 2015 (zitiert: AT).
- Reno, Raymond R./Cialdini, Robert B./Kallgren, Carl A., The transsituational influence of social

- norms. *Journal of Personality and Social Psychology* 64 (1993), 104–112.
- Rettenberger, Martin/Eher, Reinhard, ODARA - Ontario Domestic Assault Risk Assessment, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 233–240.
- Rettenberger, Martin/Eher, Reinhard, SARA - Spousal Assault Risk Assessment Guide, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 289–300.
- Reusche, Friedrich, Gefängnisstudien, Leipzig, 1894 (zitiert: Gefängnisstudien).
- Rice, Marnie E./Harris, Grant T., Comparing effect sizes in follow-up studies, ROC Area, Cohen's d, and r. *Law and Human Behavior* 29 (2005), 615–620.
- Roberts, Julian V./Plesničar, Mojca M., Sentencing, Legitimacy, and Public Opinion, in: Meško, Gorazd/Tankebe, Justice (Hrsg.), Trust and Legitimacy in Criminal Justice, European Perspectives, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London 2015, S. 33–51.
- Robinson, Paul H., Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much?, Oxford, Oxford, 2008.
- Robinson, Paul H., Intuitions of Justice and the Utility of Desert, Oxford, 2013.
- Robinson, Paul H./Barton, Joshua Samuel/Lister, Matthew, Empirical Desert, Individual Prevention, and Limiting Retributivism: A Reply. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 17 (2014), 312–375.
- Robinson, Paul H./Darley, John M., Justice, Liability, and Blame. Community Views and the Criminal Law, Boulder, Colo., 1995.
- Robinson, Paul H./Darley, John M., The Utility of Desert. *Northwestern University Law Review* 91 (1997), 453–499.
- Robinson-Riegler, Bridget/Robinson-Riegler, Gregory, Cognitive Psychology: Applying the Science of the Mind, 3. Aufl., Boston, 2012.
- Roman, John K./Chalfin, Aaron J./Knight, Carly R., Reassessing the Cost of the Death Penalty Using Quasi-Experimental Methods: Evidence from Maryland. *American Law and Economics Review* 11 (2010), 530–574.
- Rosenthal, Robert/Rubin, Donald B., A simple, general purpose display of magnitude of experimental effect. *Journal of Educational Psychology* 74 (1982), 166–169.
- Rossegger, A./Gerth, J./Urbaniok, F./Laubacher, A./Endrass, J., Der Sex Offender Risk Appraisal Guide (SORAG), Validität und autorisierte deutsche Übersetzung. *Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie* 78 (2010), 658–667.
- Rossegger, Astrid/Gerth, Juliane/Endrass, Jérôme, SORAG - Sex Offender Risk Appraisal Guide, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 159–174.
- Rossegger, Astrid/Gerth, Juliane/Endrass, Jérôme, VRAG - Violence Risk Appraisal Guide, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 141–158.
- Rossegger, Astrid/Urbaniok, F./Danielsson, C./Endrass, Jérôme, Der Violence Risk Appraisal Guide (VRAG) – ein Instrument zur Kriminalprognose bei Gewaltstraftätern, Übersichtsarbeit und autorisierte deutsche Übersetzung. *Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie* 77 (2009), 577–584.
- Rovai, Alfred P./Baker, Jason D./Ponton, Michael K., Social Science Research Design and Statistics: A Practitioner's Guide to Research Methods and IBM SPSS Analysis, 2. Aufl., Chesapeake, VA, 2014.
- Roxin, Claus, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. *JuS* 6 (1966), 377–387.

- Roxin, Claus*, Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter“, in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 1976, S. 173–195 (zitiert: *Roxin* in: FS Lange).
- Roxin, Claus*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München, 2003 (zitiert: AT 2).
- Roxin, Claus*, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit. *ZIS* 2006 (7), 293–300.
- Roxin, Claus*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München, 2006 (zitiert: AT 1).
- Roxin, Claus*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., Berlin, Boston, 2015.
- Rupp, Thomas*, Meta Analysis of Crime and Deterrence. A Comprehensive Review of the Literature. Dissertation. Technische Universität Darmstadt, Darmstadt, 2008.
- Samuel, William/Moulds, Elizabeth*, The Effect of Crime Severity on Perceptions of Fair Punishment, A California Case Study. *Journal of Criminal Law & Criminology* 77 (1986), 931.
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter*, StGB, Strafgesetzbuch. Kommentar, bearb. v. *Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter*, 2. Aufl., Köln, 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB*).
- Savitz, Leonard D.*, A Study in Capital Punishment. *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* 49 (1958), 338–341.
- Schäfer, Gerhard*, Spezialpräventive Erwägung bei der richterlichen Entscheidungsfindung, in: *Jehle, Jörg-Martin* (Hrsg.), Individualprävention und Strafzumessung, Ein Gespräch zwischen Strafjustiz und Kriminologie, Bd. 7, Wiesbaden 1992, S. 183–207.
- Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M./van Gemmeren, Gerhard*, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., München, 2008 (zitiert: Strafzumessung).
- Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M./van Gemmeren, Gerhard*, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl., München, 2012 (zitiert: Strafzumessung).
- Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M./van Gemmeren, Gerhard*, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., München, 2017 (zitiert: Strafzumessung).
- Scheffler, Uwe*, J. S. F. von Böhmer (1704-1772) und der *dolus eventualis*, -Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben? *JURA* 17 (1995), 349–356.
- Schmidt, Eberhard*, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention. *ZStW* 67 (1955), 177-195.
- Schmidt, Rolf*, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit; Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens, 15. Aufl., Grasberg bei Bremen, 2016 (zitiert: AT).
- Schneider-Njepel, Vera/Harwardt, Franziska*, OGRS - Offender Group Reconviction Scale, in: *Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von* (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2013, S. 135–140.
- Schöch, Heinz*, Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, S. 1081–1105 (zitiert: *Schöch* in: FS Jescheck).
- Schöch, Heinz*, Wie erfolgreich ist das Strafrecht?, Wirkungen freiheitsentziehender und ambulanter Sanktionen, in: *Jehle, Jörg-Martin* (Hrsg.), Individualprävention und Strafzumessung, Ein Gespräch zwischen Strafjustiz und Kriminologie, Bd. 7, Wiesbaden 1992, S. 243–282.
- Schöch, Heinz*, Maßstäbe für Strafart und Strafhöhe in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Frisch, Wolfgang* (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, Bd. 9, Tübingen 2011, S. 164–173.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch. Kommentar, bearb. v. *Eser, Albin/Perron, Walter/Sternberg-Lieben, Detlev u. a.*, 29. Aufl., München, 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in:

- Schönke/Schröder*, StGB).
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch. Kommentar, bearb. v. *Eser, Albin/Perron, Walter/Sternberg-Lieben, Detlev* u. a., 30. Aufl., München, 2019 (zitiert: *Bearbeiter* in: *Schönke/Schröder*, StGB).
- Schumann, Karl F.*, Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung, Heidelberg, 1989.
- Schumann, Karl F.*, Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver Generalprävention, in: *Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils* (Hrsg.), Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog ; Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 17–28.
- Schünemann, Bernd*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre. *GA* 1985, 341–380.
- Schünemann, Bernd*, Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht. *Chengchi Law Review* 50 (1994), 259–299.
- Schünemann, Bernd*, Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie, in: *Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils* (Hrsg.), Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog ; Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 109–123.
- Schünemann, Bernd*, Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin, New York 1999, S. 363–378 (zitiert: *Schünemann* in: FS Hirsch).
- Schünemann, Bernd*, Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus der Perspektive der Tatproportionalität, in: *Frisch, Wolfgang/von Hirsch, Andrew/Albrecht, Hans-Jörg* (Hrsg.), Tatproportionalität, Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Buchenbach-Symposium 1999, Heidelberg 2003, S. 185–197.
- Schünemann, Bernd*, Ein neues Bild des Strafrechtssystems? *ZStW* 126 (2014), 1–26.
- Schwartz, René S./Lederman, Norman G.*, "It's the nature of the beast?", The influence of knowledge and intentions on learning and teaching nature of science. *Journal of Research in Science Teaching* 39 (2002), 205–236.
- Sellin, Thorsten*, Foreword, in: *Sellin, Thorsten* (Hrsg.), Murder and the Penalty of Death, Bd. 284, Philadelphia, PA 1952, vii.
- Sellin, Thorsten*, The Death Penalty, A Report for the Model Penal Code Project of the American Law Institute, in: Model Penal Code Tentative Draft, Bd. 9, Philadelphia, PA 1959.
- Sellin, Thorsten*, Does the Death Penalty Protect Municipal Police?, 1955, gesammelt in: *Bedau, Hugo Adam* (Hrsg.), The Death Penalty in America, An Anthology, New York 1964, S. 284–301.
- Sheeran, Paschal*, Intention—Behavior relations, A conceptual and empirical review. *European Review of Social Psychology* 12 (2002), 1–36.
- Sheeran, Paschal/Klein, William M. P./Rothman, Alexander J.*, Health Behavior Change, Moving from Observation to Intervention. *Annual Review of Psychology* 68 (2017), 573–600.
- Sheeran, Paschal/Maki, Alexander/Montanaro, Erika/Avishai-Yitshak, Aya/Bryan, Angela/Klein, William M. P./Miles, Eleanor/Rothman, Alexander J.*, The impact of changing attitudes, norms, and self-efficacy on health-related intentions and behavior, A meta-analysis. *Health Psychology* 35 (2016), 1178–1188.
- Sheeran, Paschal/Webb, Thomas L.*, The Intention-Behavior Gap. *Social and Personality Psychology Compass* 10 (2016), 503–518.
- Sheeran, Paschal/Webb, Thomas L./Gollwitzer, Peter M.*, The Interplay Between Goal Intentions

- and Implementation Intentions. *Personality and Social Psychology Bulletin* 31 (2005), 87–98.
- Shepherd, Joanna M., Fear of the First Strike, The Full Deterrent Effect of California's Two- and Three-Strikes Legislation. *The Journal of Legal Studies* 31 (2002), 159–201.
- Shoham, S. Giora, Punishment and traffic offenses. *Traffic Quarterly : An Independent Journal for Better Traffic* 28 (1974), 61–73.
- Slobogin, Christopher/Brinkley-Rubinstein, Putting desert in its place. *Stanford Law Review* 65 (2013), 77–135.
- Smith, Herbert L., Research Design: Toward a Realistic Role for Causal Analysis, in: Morgan, Stephen L. (Hrsg.), *Handbook of Causal Analysis for Social Research*, Dordrecht 2014, S. 45–73.
- Smith, Paula/Goggin, Claire/Gendreau, Paul, The Effects of Prison Sentences and Intermediate Sanctions on Recidivism. General Effects and Individual Difference, Ottawa, 2002 (zitiert: Effects of Sanctions on Recidivism).
- Snodgrass, G. Matthew/Blokland, Arjan A. J./Haviland, Amelia/Nieuwbeerta, Paul/Nagin, Daniel S., Does the time cause the crime?, An examination of the relationship between time served and reoffending in the Netherlands. *Criminology* 49 (2011), 1149–1194.
- Sperber, Kimberly Gentry/Latessa, Edward J./Makarios, Matthew D., Establishing a Risk-Dosage Research Agenda, Implications for Policy and Practice. *Justice Research and Policy* 15 (2013), 123–141.
- Sperber, Kimberly Gentry/Latessa, Edward J./Makarios, Matthew D., Examining the Interaction between Level of Risk and Dosage of Treatment. *Criminal Justice and Behavior* 40 (2013), 338–348.
- Sperber, Kimberly Gentry/Lowenkamp, Christopher T., Dosage is more than just counting program hours, The importance of role-playing in treatment outcomes. *Journal of Offender Rehabilitation* 56 (2017), 433–451.
- Spirgath, Tobias, Zur Abschreckungswirkung des Strafrechts. Eine Metaanalyse kriminalstatistischer Untersuchungen. Zugl.: Diss., Univ. Heidelberg, 2012, Berlin, 2013 (zitiert: Metaanalyse zur Abschreckungswirkung).
- Stadtland, C./Hollweg, M./Kleindienst, N./Dietl, J./Reich, U./Nedopil, N., Rückfallprognosen bei Sexualstraftätern--Vergleich der prädiktiven Validität von Prognoseinstrumenten. *Der Nervenarzt* 77 (2006), 587–595.
- Stafford, Mark C., Deterrence Theory: Crime, in: Wright, James D. (Hrsg.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2. Aufl., Amsterdam 2015, S. 255–259.
- Stam, Fabian, Strafzumessungsrelevanz der Vorsatzform? *JZ* 73 (2018), 601.
- Stanley, Tom D./Doucouliagos, Hristos, *Meta-Regression Analysis in Economics and Business*, Online-Ausg., New York, 2012 (zitiert: Meta-Regression).
- Statistisches Bundesamt, *Strafverfolgung 2018*, Wiesbaden, 2019.
- Stohr, Mary K./Walsh, Anthony/Hemmens, Craig, *Corrections: A Text/Reader*, 2. Aufl., 2013.
- Stolzenberg, Lisa/D'Alessio, Stewart J., "Three Strikes and You're Out", The Impact of California's New Mandatory Sentencing Law on Serious Crime Rates. *Crime & Delinquency* 43 (1997), 457–469.
- Streng, Franz, Strafzumessungsvorstellungen von Laien, Grundlagen für eine Kriminalpolitik jenseits des „politisch-publizistischen Verstärkerkreislaufes". *MtschrKrim* 87 (2004), 127–145.
- Streng, Franz, Forschungen zu Grundlagen und Determinanten der Strafzumessung, in: Frisch, Wolfgang (Hrsg.), *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer*

- Sicht, Bd. 9, Tübingen 2011, S. 39–64.
- Streng, Franz, Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl., Stuttgart, 2012.
- Streng, Franz, Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 1.6.2016 –2 StR 150/15 (zu §46 StGB). *StV* 2017 (8), 526–528.
- Stübel, Christoph Carl, System des allgemeinen peinlichen Rechts. mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesetze. Besonders zum Gebrauch für die academischen Vorlesungen, Leipzig, 1795.
- Sutherland, Edwin Hardin/Cressey, Donald Ray/Luckenbill, David F., Principles of Criminology, 11. Aufl., New York, 1992.
- Svensson, Robert/Pauwells, Lieven J. R./Weerman, Frank M., The role of Moral beliefs, shame, and guilt in criminal decision making, An overview of theoretical frameworks and empirical results, in: Bernasco, Wim (Hrsg.), The Oxford handbook of offender decision making 2017, S. 228–245.
- Sykes, Gresham M./Matza, David, Techniques of Neutralization, A Theory of Delinquency. *American Sociological Review* 22 (1957), 664–670.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 1–45b StGB, hrsg. v. Wolter, Jürgen, 8. Aufl., Bd. 1: Köln, 2013 (zitiert: Bearbeiter in: SK-StGB, 8. Aufl.).
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 46–122 StGB, hrsg. v. Wolter, Jürgen, 8. Aufl., Bd. 2: Köln, 2013 (zitiert: Bearbeiter in: SK-StGB, 8. Aufl.).
- Tang, Wan Mei/He, Hua/Tu, Xin M., Evaluation of Instruments, in: Applied categorical and count data analysis, Boca Raton, London, New York 2012, S. 289–310.
- Terlinden, Sven, Von der Spezial- zur positiven Generalprävention, Hamburg, 2009.
- Thomas, Jana, Zur abschreckenden Wirkung von Strafe. Eine Untersuchung der Sanktionswirkung auf junge Straftäter. Dissertation. Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Saarbrücken, 2014.
- Tibbetts, Stephen G., Traits and states of self-conscious emotions in criminal decision making, in: Van Gelder, Jean-Louis (Hrsg.), Affect and cognition in criminal decision making, London 2014, S. 221–238.
- Toli, Agoro/Webb, Thomas L./Hardy, Gillian E., Does forming implementation intentions help people with mental health problems to achieve goals? A meta-analysis of experimental studies with clinical and analogue samples. *The British journal of clinical psychology* 55 (2016), 69–90.
- Tomiaik, Lucas, Direkter Tötungsvorsatz und Strafzumessung, zugleich Anmerkung zu BGH 2 StR 150/15, HRRS 2017 Nr. 63. *HRRS* 2017 (5), 225–231.
- Tononi, Giulio, On the Irreducibility of Consciousness and Its Relevance to Free Will, in: Suarez, Antoine/Adams, Peter (Hrsg.), Is Science Compatible with Free Will?, Exploring Free Will and Consciousness in the Light of Quantum Physics and Neuroscience, New York 2013, S. 147–176.
- Topalli, Volkan/Jacques, Scott/Wright, Richard, "It takes skills to take a car", Perceptual and procedural expertise in carjacking, in: Nee, Claire/Ward, Tony (Hrsg.), Expertise and Offending, Bd. 20 2015, S. 19–25.
- Traeger, Ludwig, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg, 1904.
- Tyler, Tom R., Public trust and confidence in legal authorities: What do majority and minority group members want from the law and legal institutions? *Behavioral Sciences & the Law* 19 (2001), 215–235.
- Tyler, Tom R., Psychological perspectives on legitimacy and legitimation. *Annual Review of*

- Psychology* 57 (2006), 375–400.
- Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law*, Princeton, NJ, 2006.
- Tyler, Tom R., New approaches to justice in the light of virtues and problems of the penal system, in: Oswald, Margit E./Bieneck, Steffen/Hupfeld-Heinemann, Jorg (Hrsg.), *Social Psychology of Punishment of Crime*, Chichester 2009, S. 19–37.
- Tzur, Keren Stirin/Ganzach, Yoav/Pazy, Asya, On the positive and negative effects of self-efficacy on performance, Reward as a moderator. *Human Performance* 29 (2016), 362–377.
- U.K. Royal Commission on Capital Punishment, Appendix "B", Discussion and conclusions of the Royal Commission on Capital Punishment, United Kingdom, 1949–1953, 1954, gesammelt in: Department of Justice of Canada/Favreau, Guy, Minister of Justice (Hrsg.), *Capital Punishment, Material Relating to its Purpose and Value*, Ottawa 1975, S. 45–53.
- Van Gelder, Jean-Louis, Emotions in offender decision making, in: Bernasco, Wim (Hrsg.), *The Oxford handbook of offender decision making* 2017, S. 466–478.
- Van Gelder, Jean-Louis/de Vries, Reinout E., Traits and States, Integrating Personality and Affect into a Model of Criminal Decision Making. *Criminology* 50 (2012), 637–671.
- Van Gelder, Jean-Louis/de Vries, Reinout E., Rational Misbehavior?, Evaluating an Integrated Dual-Process Model of Criminal Decision Making. *Journal of Quantitative Criminology* 30 (2014), 1–27.
- Van Gelder, Jean-Louis/de Vries, Reinout E., Traits and States at Work, Lure, Risk and Personality as Predictors of Occupational Crime. *Psychology, Crime & Law* 2016.
- Van Gelder, Jean-Louis/Reynald, Danielle/Elffers, Henk, Anticipated emotions and immediate affect in criminal decision making, From shame to anger, in: Van Gelder, Jean-Louis (Hrsg.), *Affect and cognition in criminal decision making*, London 2014, 161–178.
- Verboon, Peter/van Dijke, Marius, When do severe sanctions enhance compliance?, The role of procedural fairness. *Journal of Economic Psychology* 32 (2011), 120–130.
- Vieraitis, Lynne M./Copes, Heith/Powell, Zachary A./Pike, Ashley, A little information goes a long way, Expertise and identity theft, in: Nee, Claire/Ward, Tony (Hrsg.), *Expertise and Offending*, Bd. 20 2015, S. 10–18.
- Villettaz, Patrice/Gillieron, Gwladys/Killias, Martin, The Effects on Re-offending of Custodial vs. Non-custodial Sanctions: An Updated Systematic Review of the State of Knowledge, Oslo, 2015 (zitiert: Reoffending).
- Villettaz, Patrice/Killias, Martin/Zoder, Isabel, The effects of custodial vs. non-custodial sentences on re-offending: A systematic review of the state of knowledge, Oslo, 2006 (zitiert: Reoffending).
- Volbert, Renate/Dahle, Klaus-Peter, *Forensisch-psychologische Diagnostik im Strafverfahren*, Göttingen u. a., 2010.
- Wakeling, Helen C./Mann, Ruth E./Carter, Adam J., Do Low-risk Sexual Offenders Need Treatment? *The Howard Journal of Criminal Justice* 51 (2012), 286–299.
- Walker, Nigel, *Aggravation, Mitigation and Mercy in English Criminal Justice*, London, 1999.
- Walker, Nigel/Marsh, Catherine, Do sentences affect public disapproval? *The British Journal of Criminology* 24 (1984), 27–48.
- Walsh, Dermot, Victim selection procedures among economic criminals, The rational choice perspective, in: Cornish, Derek B./Clarke, Ronald V. (Hrsg.), *The Reasoning Criminal, Rational Choice Perspectives on Offending*, With a new introduction by Ronald V. Clarke, New Brunswick, London 2014, S. 39–52.
- Webb, Thomas L./Sheeran, Paschal, Does changing behavioral intentions engender behavior change? A meta-analysis of the experimental evidence. *Psychological Bulletin* 132 (2006),

249–268.

- Webb, Thomas L./Sheeran, Paschal, Mechanisms of implementation intention effects, The role of goal intentions, self-efficacy, and accessibility of plan components. *The British journal of social psychology* 47 (2008), 373–395.
- Welzel, Hans, Studien zum System des Strafrechts. *ZStW* 58 (1939), 491–566.
- Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin, 1969.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht, allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 41. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg, 2011 (zitiert: AT).
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 45. Aufl., Heidelberg, 2015 (zitiert: AT).
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht: Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 46. Aufl., Heidelberg, 2016 (zitiert: AT).
- Wetzell, Richard F., *Inventing the Criminal: A History of German Criminology, 1880-1945*, Chapel Hill, 2000.
- Wolff, Ernst Amadeus, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität. *ZStW* 97 (1985), 786–830.
- Wong, Stephen C. P./Olver, Mark E., Two Treatment- and Change-Oriented Risk Assessment Tools, The Violence Risk Scale and Violence Risk Scale-Sexual Offender Version, in: Otto, Randy K./Douglas, Kevin S. (Hrsg.), *Handbook of Violence Risk Assessment*, New York 2010, S. 121–146.
- Wooldridge, Jeffrey M., *Introductory Econometrics: A Modern Approach*, 5. Aufl., Mason, Ohio u.a., 2013.
- Woolfolk, Anita, *Educational Psychology*, 12. Aufl., Boston, München, 2013.
- Worling, James R./Curwen, Tracey, Estimate of Risk of Adolescent Sexual Offense Recidivism (The "ERASOR"): Version 2.0, 2001.
- Worrall, John L., The effect of three-strikes legislation on serious crime in California. *Journal of Criminal Justice* 32 (2004), 283–296.
- Wundt, Wilhelm, *Grundzüge der physiologischen Psychologie*. Erster Band, 5. Aufl., Leipzig, 1902.
- Yiend, Jenny/Mackintosh, Bundy/Savulich, George, Cognition and Emotion, in: Braisby, Nick/Gellatly, Angus (Hrsg.), *Cognitive Psychology*, 2. Aufl., Oxford, UK 2012, S. 507–545.
- Yoon, Dahlnym/Klein, Verena/Briken, Peer, SAPROF - Structured Assessment of PROtective Factors for Violence Risk, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*, Göttingen 2013, S. 301–310.
- Yundina, Elena/Tippelt, Susanne/Nedopil, Norbert, ILRV - Die Integrierte Liste der Risikovariablen, in: Rettenberger, Martin/Franqué, Fritjof von (Hrsg.), *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*, Göttingen 2013, S. 311–323.
- Zimbardo, Philip G./Johnson, Robert L./McCann, Vivian, *Psychology: Core Concepts*, 7. Aufl., Boston, 2012.